



JOANA AMARAL CABOUÇO RODRIGUES

O DIREITO PENAL EUROPEU E A *DUPLA SUBSIDIARIEDADE*

COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA, CONDIÇÕES DO SEU EXERCÍCIO E COMPATIBILIDADE COM O PARADIGMA DA PROTECÇÃO SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICOS

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Doutora em Direito na especialidade de
Ciências Jurídico-Criminais

Orientadores:

Doutora Teresa Pizarro Beleza, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Doutor Nuno Piçarra, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova
de Lisboa

Maio de 2017



JOANA AMARAL CABOUÇO RODRIGUES

O DIREITO PENAL EUROPEU E A *DUPLA SUBSIDIARIEDADE*

COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA, CONDIÇÕES DO SEU EXERCÍCIO E COMPATIBILIDADE COM O PARADIGMA DA PROTECÇÃO SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICOS

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Doutora em Direito na especialidade de
Ciências Jurídico-Criminais

Orientadores:

Doutora Teresa Pizarro Beleza, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Doutor Nuno Piçarra, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova
de Lisboa

Maio de 2017

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Declaro, nos termos do art. 8.º do Regulamento do Terceiro Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Doutor/a em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

ÍNDICE

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO	i
AGRADECIMENTOS	vii
MODO DE CITAR E OUTRAS OBSERVAÇÕES	ix
SIGLAS E ABREVIATURAS	xi
DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES	xiii
RESUMO	xv
ABSTRACT	xvii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I	
COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA	9
1.º CAPÍTULO – A EVOLUÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA PENAL: DE MAASTRICHT A LISBOA	9
1. O Tratado de Maastricht e o terceiro pilar	9
1.1. Nota sobre o Pré-Maastricht	9
1.2. O período de Maastricht	10
1.3. Um elemento colocado “ <i>al di fuori</i> ”: o artigo 209.º-A e o domínio da protecção dos interesses financeiros	13
2. A competência penal negativa da União: remissão	16
3. O Tratado de Amesterdão e o “espaço de liberdade, segurança e justiça”	16
4. As propostas “fora da caixa” na vigência de Amesterdão: uma competência penal da Comunidade?	25
4.1. A protecção penal dos interesses financeiros comunitários	25
4.2. A protecção penal do ambiente	28
4.3. A doutrina das <i>outras</i> bases jurídicas	32
5. Do Pós-Amesterdão a Lisboa: Tampere, Nice, a Carta e o Tratado Constitucional	34
6. O Tratado de Lisboa: de 2009 em diante	37
7. Competência penal da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: o quadro legal vigente	38
2.º CAPÍTULO – COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DO TRATADO DE LISBOA	51
1. (Ainda) a questão da base jurídica: competência <i>versus</i> exercício	51
2. O estatuto da harmonização <i>penal</i> : autonomia ou natureza auxiliar?	54
3. Densificando a competência harmonizadora do direito penal substantivo: os vários níveis do artigo 83.º do TFUE	61
3.1. O artigo 83.º, n.º 1, § 1 e § 2	61

3.2. O artigo 83.º, n.º 1, § 3	67
3.3. O artigo 83.º, n.º 2: a “competência anexa”	68
4. O artigo 83.º do TFUE: <i>regras mínimas</i> relativas à definição das <i>infracções penais</i> e das <i>sanções</i>	74
4.1. O “pacote da harmonização”	74
4.2. Harmonização e <i>regras mínimas</i>	82
5. Harmonização e <i>outras</i> bases jurídicas: o artigo 83.º do TFUE enquanto base jurídica exclusiva?	86
5.1. O problema em geral	86
5.2. O caso específico da “luta contra a fraude”: os artigos 325.º e 86.º do TFUE	90
3.º CAPÍTULO – A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA PENAL	103
1. A incidência <i>negativa</i> : a <i>neutralização</i> da norma penal interna	103
2. A incidência <i>positiva</i> : no sentido da expansão do poder punitivo	109
PARTE II	
SUBSIDIARIEDADE <i>JUS-COMUNITÁRIA</i>	131
1.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO <i>NORMA DE ACÇÃO</i>	131
1. Introdução ao princípio da subsidiariedade <i>jus-comunitária</i>	131
2. A evolução do princípio da subsidiariedade: em geral	133
2.1. O AUE e os seus antecedentes: os primeiros passos	133
2.2. O Tratado de Maastricht: a consagração	136
2.3. O Tratado de Amesterdão: a densificação através do Protocolo	140
2.4. O Tratado de Lisboa: o regime vigente	141
3. A evolução do princípio da subsidiariedade: em especial no contexto da <i>harmonização do direito penal substantivo</i>	144
4. Subsidiariedade <i>jus-comunitária</i> : sentido e alcance à luz do Tratado de Lisboa	150
4.1. A compreensão da subsidiariedade enquanto princípio regulador do <i>exercício</i> de competências	150
4.2. Competências exclusivas <i>versus</i> competências não exclusivas	152
4.3. <i>Insuficiência e eficácia</i>	155
5. Confronto entre o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade “ <i>competencial</i> ”	163
6. Exigências de natureza procedimental	172
2.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO <i>NORMA DE CONTROLO</i> POLÍTICO	177
1. O controlo político: o papel dos Paramentos nacionais	177

2. As <i>reasoned opinions</i> apresentadas pelos Paramentos nacionais em contexto penal: introdução	182
3. As <i>reasoned opinions</i> dirigidas à “proposta de directiva legislação aduaneira”	186
3.1. A proposta: nota gerais	186
3.2. A RO do Parlamento dinamarquês	187
3.3. A RO do Parlamento sueco	188
3.4. A RO do Parlamento lituano	190
3.5. O contributo do Parlamento português: a validação do argumento circular e a posição discordante de um Partido	192
4. A <i>reasoned opinion</i> dirigida à “proposta de directiva abuso de mercado”	193
4.1. A RO do <i>Bundesrat</i>	193
4.2. O contributo (quase RO) do <i>Bundestag</i>	196
5. A <i>reasoned opinion</i> dirigida à “proposta de directiva PIF”	199
5.1. A RO do Parlamento sueco	199
6. As <i>reasoned opinions</i> dirigidas à “proposta de directiva droga”	201
6.1. As RO da <i>UK House of Commons</i> e da <i>UK House of Lords</i>	201
6.2. Nota sobre o contributo da <i>Eerste Kamer</i> holandesa	203
7. Reflexão sobre as RO no domínio do direito penal substantivo	205
8. Nota sobre o caso da “proposta de Regulamento Procuradoria Europeia”	213
3.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO <i>NORMA DE CONTROLO JURISDICCIONAL</i>	219
1. O controlo jurisdiccional: em geral	219
2. Uma questão em especial: a subsidiariedade enquanto directriz de interpretação?	223
3. Os Acórdãos <i>Ambiente</i> e o <i>argumento da subsidiariedade</i>	226
4. A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o princípio da subsidiariedade: <i>leading cases</i>	234
4.1. Nota geral e remissão	234
4.2. Breve análise crítica	235
4.3. Acórdãos pós-Lisboa: mudança de paradigma?	239
4.º CAPÍTULO – REFLEXÃO CRÍTICA: DA SUBSIDIARIEDADE <i>JUS-COMUNITÁRIA</i> À SUBSIDIARIEDADE <i>JUS-CRIMINAL</i> (DUPLA SUBSIDIARIEDADE?)	245
1. A subsidiariedade <i>jus-comunitária</i> em contexto penal: apreciação geral	245
2. A subsidiariedade <i>jus-comunitária</i> em contexto penal: as dificuldades (superáveis?)	247
3. A subsidiariedade <i>jus-comunitária</i> em contexto penal: o problema da <i>finalidade</i> da acção e, assim, da subsidiariedade <i>jus-criminal</i>	255

PARTE III

SUBSIDIARIEDADE <i>JUS-CRIMINAL</i> (PROPORCIONALIDADE).....	261
O PARADIGMA DA PROTECÇÃO SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICO-PENAIIS.....	261
1. O problema: visto em especial pela doutrina nacional.....	261
2. O paradigma da protecção subsidiária de bens jurídico-penais: noções gerais.....	264
3. O paradigma em contexto europeu: breve introdução.....	269
4. O princípio (de direito da União) da proporcionalidade	272
4.1. Notas gerais sobre o princípio.....	272
4.2. O artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE	278
4.3. Um “caso de estudo” à luz do artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE	281
5. O paradigma (segundo juízo rector) em contexto europeu: necessidade, subsidiariedade e <i>ultima ratio</i>	285
5.1. A necessidade, subsidiariedade e <i>ultima ratio</i> do direito penal e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo	285
5.2. O carácter problemático das obrigações positivas de criminalização à luz da jurisprudência do TEDH	291
6. O paradigma (primeiro juízo rector) em contexto europeu: bem jurídico-penal <i>versus</i> “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União” e “necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”	298
6.1. O relevante problema do <i>fin</i>	298
6.2. Os <i>fins</i> do artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE, à luz do paradigma da protecção de bens jurídico-penais	301
6.3. Os ecos da discussão	305
7. O potencial de <i>conflito</i>	308
CONCLUSÕES	315
BIBLIOGRAFIA	329
(OUTRAS) FONTES DOCUMENTAIS	351
LISTA DE JURISPRUDÊNCIA	359
ANEXOS	371

AGRADECIMENTOS

O percurso que conduziu à elaboração da presente dissertação foi algo longo, tendo podido contar com o apoio de várias pessoas e Instituições, às quais não posso deixar de expressar sincero agradecimento.

Começo por dirigir um penhorado agradecimento aos meus co-orientadores, à Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza e ao Professor Doutor Nuno Piçarra, que têm em comum uma notável dedicação ao trabalho académico e científico. Num momento de algum desalento, a Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza soube dizer todas as palavras certas para me fazer continuar. O pragmatismo da sua abordagem, sempre uma referência, convenceu-me de que atentas as minhas circunstâncias a dissertação não veria a luz do dia sem um período de licença; este trabalho deve-lhe, entre outros, esse conselho determinante. O Professor Doutor Nuno Piçarra dedicou-me muitas horas do seu precioso tempo com uma generosidade surpreendente. Acompanhando-me de muito perto, garantiu-me sempre liberdade de pensamento, mas os seus conselhos e referências foram abundantes e decisivos para este trabalho.

Agradeço também à Professora Doutora Constança Urbano de Sousa pelas importantes sugestões aquando da apresentação e discussão do projecto de tese.

Todas as limitações deste trabalho são, claro, de minha inteira responsabilidade.

Mais agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, por criar todas as condições para o bom desenvolvimento do Programa de Doutoramento e por tão bem acolher quem de início era “forasteira”. Mas também à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde comecei o meu percurso académico; e onde, pela mão da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, tomei contacto com o Direito Penal Europeu. Ao Professor Doutor Pedro Caeiro, para além do mais, agradeço a possibilidade de integrar a European Criminal Law Academic Network (ECLAN).

Ainda ao Queen Mary, University of London, por me ter possibilitado uma enriquecedora estadia de investigação no Verão de 2016, sob supervisão do Professor Valsamis Mitsilegas, a quem também sou grata por todos os conselhos.

Ao Banco de Portugal agradeço o apoio manifestado no financiamento das propinas do Curso, integrado nas políticas de valorização dos seus trabalhadores, bem como a concessão de uma licença sem vencimento. Pessoalizo o agradecimento aos Drs.

José Gabriel Queiró, José Bracinha Vieira, José Brito Antunes e Gonçalo Castilho dos Santos, na Direcção do Departamento de Serviços Jurídicos no período pertinente, bem como ao Coordenador do Contencioso Doutor Luís Bigotte Chorão, pelo apoio que manifestaram a este projecto. O muito obrigada é extensível aos Colegas do DJU, por deles nunca ter recebido menos do que verdadeiro companheirismo; em especial à Paula Andrade, pela ajuda na Biblioteca.

Aos Colegas do Curso, em especial à Joana Margarido, à Margarida Paz, à Marlene Mendes e ao Sérgio Mascarenhas, agradeço também a solidariedade académica.

Numa dimensão pessoalíssima, à Ângela, Joana C., Mafalda, Mariana, Mariane, Raquel, Ana, Joana B., Liliana e Sara, e ao António Pedro, David, Eduardo e Jorge, agradeço a amizade de todos os dias, que sempre tornam tudo mais fácil.

Não esqueço os meus queridos cunhados Ana e Andrea, os *suoceri* Rita e Salvatore, e o solar sobrinho Pedro.

Finalmente, os agradecimentos mais difíceis por impossíveis de conter em palavras. Digo-o apenas assim: mãe, pai, João e Francesco, a vocês devo *tudo* o que verdadeiramente importa.

Este trabalho é dedicado ao meu pai, exemplo de força, determinação e coragem. Hoje e sempre o meu norte. E ao neto que lhe terá comum, espero que entre o mais, o nome.

Ao meu pai

Ao Manuel

MODO DE CITAR E OUTRAS OBSERVAÇÕES

A Bibliografia integra apenas as obras expressamente referenciadas ao longo da dissertação, nela constando a identificação completa de todas essas obras e dos seus Autores.

Ao longo do texto, concretamente nas notas de rodapé, as obras serão citadas de forma abreviada. Indica-se o nome do Autor, igualmente de forma abreviada – em regra por referência ao(s) respectivo(s) apelido(s) –, seguido da indicação das primeiras três palavras do título da respectiva obra.

Ex.: T. TRIDIMAS, *The General Principles...*

Obs.: no texto principal não se abrevia o nome próprio do Autor.

Poderá usar-se uma quarta palavra, a última do título, sempre que o Autor tenha mais do que uma obra com título iniciado pelas mesmas três palavras.

Ex.: V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...*; V. MITSILEGAS, *EU Criminal...Europe*.

Dispensamo-nos de referir, numa primeira citação e como é *praxis*, a obra com o seu título completo e restantes elementos de identificação. Essa opção prende-se com a limitação em termos de número de caracteres a que devem obedecer as dissertações apresentadas à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (limitação que abrange espaços e notas de rodapé). Remete-se, pois, em cada caso, para a cabal identificação constante da bibliografia. Dentro do referido constrangimento, logra-se, no nosso subjectivo modo de ver, um modo de citar mais “amigo do leitor” do que o alternativo sistema Autor-data.

Consta também a final indicação de outras fontes documentais, compreendendo essencialmente (i) os pareceres oriundos dos Parlamentos nacionais que foram sendo referenciados ao longo da dissertação, (ii) a documentação oriunda das instituições europeias que foi sendo igualmente mencionada. Essa listagem integra a identificação cabal de todas as entradas. Nas notas de rodapé, as referências constarão em forma abreviada.

Ex.: COM (2001) 715 final – 11.12.2001.

A lista de Jurisprudência integra os Acórdãos referenciados na dissertação e está dividida em quatro partes: Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; Conclusões dos Advogados-Gerais; Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; e Jurisprudência dos Tribunais Constitucionais nacionais. Dessa listagem consta a identificação completa dos Acórdãos. O modo de citar esses Acórdãos, nas notas de rodapé, é igualmente em forma abreviada, mas assegura a indicação dos elementos de identificação principais.

Ex.: AcTJ, 21.9.1989, *Comissão/Grécia* (C-68/88); AcTEDH, 4.12.2003, *M.C. v. Bulgaria* (39272/98); AcTC n.º 85/85, 29.5.1985.

Expressa-se preferência pessoal pela citação de Autores estrangeiros na língua original do respectivo texto. Todavia, a opção pela citação na língua original no corpo do texto pode introduzir disrupções na sua leitura, sobretudo quando esteja em causa o recurso a mais do que uma língua (no caso da presente dissertação, textos em inglês, francês, italiano e espanhol, originais ou traduzidos nessas línguas). Nesses termos, adopta-se o seguinte método: nas notas de rodapé, a citação é sempre feita no original; no texto principal, traduzem-se todas as citações, salvo quando se trate de expressões ou frases a que esteja associada a especial plasticidade da língua original. Sempre que se utilize a língua estrangeira, constará em *itálico*.

Esse método será igualmente utilizado nas citações de pareceres dos Parlamentos nacionais, ou de Acórdãos ou documentos oficiais sem tradução portuguesa (quando tal aconteça, far-se-á menção expressa de que se trata de “tradução nossa”).

Optou-se por razões de preferência pessoal, nisso consentindo as Regras de Estilo em vigor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pela não utilização do Acordo Ortográfico de 1990 (Novo Acordo).

No que às referências legais, jurisprudenciais, bibliográficas e documentais concerne, a dissertação tem como data-limite de investigação 31 de Janeiro de 2017.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AcTC	Acórdão do Tribunal Constitucional
AcTEDH	Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
AcTG	Acórdão do Tribunal Geral
AcTJ	Acórdão do Tribunal de Justiça
AcTPI	Acórdão do Tribunal de Primeira Instância
AG	Advogada-Geral / Advogado-Geral
AR	Assembleia da República
AUE	Acto Único Europeu
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CS	Conselho de Segurança
DQ	Decisão-quadro
ELSJ	Espaço de liberdade, segurança e justiça
EM	Estado-Membro / Estados-Membros
IAI	Justiça e Assuntos Internos
JO	Jornal Oficial
MDE	Mandado de detenção europeu
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Política agrícola comum
PE	Parlamento Europeu
PIF	Protecção dos interesses financeiros
PN	Parlamento nacional / Parlamentos nacionais
RO	<i>Reasoned Opinion / Reasoned Opinions</i>
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro, nos termos do art. 16.º, n.º 3, do Regulamento do Terceiro Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Doutor/a em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, que o corpo da dissertação (p. 1 a 328), incluindo espaços e notas, tem um total de 913 910 caracteres.

RESUMO

A dissertação enquadra-se no domínio do Direito Penal Europeu e tem por horizonte o art. 5.º do TUE, assentando em torno de três noções-chave: competência, subsidiariedade e proporcionalidade.

A Parte I, consagrada à competência da União em matéria penal, é composta por três Capítulos. O 1.º é dedicado ao enquadramento histórico necessário à plena compreensão do tema, bem como à sistematização do quadro jurídico vigente. O 2.º, após enunciar a distinção entre competência/base jurídica, subsidiariedade e proporcionalidade, analisa as persistentes questões em torno do art. 83.º do TFUE e de certas bases jurídicas concorrentes. O 3.º comenta jurisprudência relevante do TJUE, abordando as dinâmicas de uma incidência *negativa* (neutralização da norma penal interna) e de uma incidência *positiva* (expansão do poder punitivo).

A Parte II, tendo por objecto a subsidiariedade enquanto princípio de direito da União, e tomando por referência a distinção entre *norma de acção* e *norma de controlo*, é integrada por quatro Capítulos. O 1.º dedica-se à identificação do sentido e alcance do princípio da subsidiariedade, destacando-se a tentativa de interpretar os seus critérios de base, bem como a contraposição com o princípio da proporcionalidade “*competencial*”. O 2.º aborda o problema do controlo político realizado pelos Parlamentos nacionais, sistematizando e analisando criticamente os pareceres que se pronunciam, na perspectiva da subsidiariedade, sobre propostas harmonizadoras que relevam do direito penal substantivo. O 3.º aborda o tema do controlo jurisdicional do princípio, designadamente indagando se a subsidiariedade se poderá afirmar enquanto directriz de interpretação; mais genericamente, apresenta e discute criticamente a principal jurisprudência do TJUE em sede de aplicação do princípio. Finalmente, o 4.º expressa a articulação entre subsidiariedade *jus-comunitária* e subsidiariedade *jus-criminal*.

A Parte III tem por propósito, no seguimento da reflexão crítica que a antecede, questionar se o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídico-penais faz sentido em contexto europeu e se nele tem potencial de integração. Trata-se em concreto de saber se a União, nas iniciativas de harmonização que promova nos domínios da criminalidade previstos no art. 83.º do TFUE, e tratando-se de decidir da natureza criminal de uma determinada conduta, se encontra vinculada pelos juízos rectores subjacentes àquele paradigma. O princípio da proporcionalidade é especialmente convocado.

ABSTRACT

This dissertation falls within the scope of European Criminal Law, having Article 5 of the TEU as its background. It is organised around three key concepts: competence, subsidiarity and proportionality.

Part I, concerning the criminal law competence of the EU, has three chapters. The first is dedicated to the historical context (necessary for the full understanding of the subject) and it also seeks to systematise the current legal framework. The second distinguishes between competence/legal basis, subsidiarity and proportionality; it then analyses the persistent competence issues around Article 83 of the TFEU and certain competing legal basis. The third is devoted to the evaluation of CJEU's case law, tackling the dynamics of a *negative* impact (neutralization of the domestic criminal norm), as well as of a *positive* impact (expansion of the punitive power).

Part II, focusing on subsidiarity as a principle of EU law and taking the distinction between *rule of action* and *standard of control* as its reference, has four Chapters. The first chapter deals with the meaning and scope of the principle of subsidiarity, trying to interpret its basic criteria as a well as relating it with the proportionality principle (on a competence-based perspective). The second chapter addresses the problem of the political control carried out by national parliaments; it systematises and critically analyses the opinions delivered on subsidiarity grounds, which target proposals aimed at harmonizing criminal law. The third chapter is dedicated to the judicial control of the principle, namely asking if subsidiarity can be taken as a guideline for interpretation; more generally, it critically presents the main jurisprudence of the CJEU on the issue of subsidiarity. The fourth chapter interrogates the articulation between subsidiarity from an EU's perspective and subsidiarity from a criminal perspective (double subsidiarity?).

Part III, following the previous critical reflection, questions whether the legitimate purpose's requirement and the *ultima ratio* theory are pertinent in a European context and addresses their integration potential. The main issue at stake is whether the Union legislator is bound by the guiding criteria underlying the mentioned criminal paradigm when promoting harmonization initiatives in the areas of crime provided for in article 83 of the TFUE, and particularly when it comes to decide on the criminal nature of a particular conduct. The principle of proportionality is specially emphasized.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação enquadra-se no domínio do chamado Direito Penal Europeu¹ e tem por tema *o Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade: competência penal da União Europeia, condições do seu exercício e compatibilidade com o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídicos*.

Se é verdade que o direito penal e o direito europeu estiveram durante muito tempo apartados – a jurisdição penal assume-se tradicionalmente como assunto do Estado, expressão última da sua soberania² –, o certo é que se vem assistindo a uma complexa e crescente intersecção. E isto, como não podia deixar de ocorrer, com uma repercussão significativa nos ordenamentos jurídicos dos EM e consequentemente na vida dos seus cidadãos.

O “*poder legítimo da União de decidir sobre a natureza criminal de uma conduta*”³ encontra-se atribuído, dentro de certos pressupostos, pelos Tratados vigentes. E sem que hoje seja necessário discutir a titularidade de jurisdição penal por parte da CE⁴, substituída e sucedida pela UE.

Partindo dos primórdios da cooperação judiciária em matéria penal, assinalada no Tratado de Maastricht como uma questão de “interesse comum” e enquadrada no terceiro pilar, passando pela viragem operada com o Tratado de Amesterdão, que

¹ Para o desenvolvimento deste conceito, e sobre a autonomia científica do Direito Penal Europeu, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 13 e ss. Cfr. ainda, sobre o conceito de *European Criminal Law*, H. SATZGER, *International and European...*, p. 43 e 44 ou, mais desenvolvidamente, A. KLIP, *European Criminal Law*, p. 1 e ss.

² “À primeira vista, ‘União Europeia e direito penal são fortemente antinómicos’. O direito de punir, monopólio do Estado, continua a ser a marca mais visível da soberana nacional” – assim, A. MIRANDA RODRIGUES e J. L. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 18, a partir de M. DELMAS-MARTY (ainda A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 28, 32 e 33). Para desenvolvimentos, cfr. P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, em especial, p. 47 e ss; e “The relationship between...”, em especial p. 582 a 592. Note-se que quando nos referimos a esta tradicional separação estamos a pensá-la enquanto relação mais imediata (no sentido de que a UE não foi desde cedo dotada de competência para aprovar normas penais), uma vez que a influência do direito europeu sobre o direito penal dos EM tem longa história. Nessa medida, o direito penal nunca foi uma “*taboo zone for European law*” – assim, H. SATZGER, *International and European...*, p. 61 (mas veja-se, quanto ao verdadeiro sentido dessa influência, Parte I, 3.º Capítulo, ponto 1). Sobre o argumento da soberania, *vd.* também J. BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal...*, p. 103.

³ Definição de P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 118, referindo também o poder de “*determinar as conexões de competência e demais pressupostos de jurisdição que os Estados devem adoptar para que possam puni-la*”. Segundo o Autor, *ibidem*, p. 42, “a *jurisdição prescritiva*” significa “o poder do Estado, ou de outra entidade legitimada para tanto, de decidir sobre as normas que ameaçam certas condutas com sanções penais e de definir o âmbito da sua aplicabilidade”.

⁴ Assim P. CAEIRO, *ibidem*, p. 563.

assumiu a criação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” e o considerou atingível designadamente através da aproximação das disposições de direito penal dos EM, pode afirmar-se que o problema da existência e limites da competência penal da União tem sido objecto de aceso debate nas esferas institucional e académica. Debate a que não foi alheio o labor jurisprudencial do TJUE, que se viria a revelar de extraordinária importância na definição dos termos dessa competência; desde logo quanto ao reconhecimento de uma competência penal da então Comunidade, ainda que em limitados, mas polémicos, termos⁵.

O Tratado de Lisboa, recuperando a quase totalidade das soluções acolhidas no malogrado Tratado Constitucional quanto ao regime jurídico do “espaço de liberdade, segurança e justiça”, e em especial quanto ao regime jurídico da “cooperação judiciária em matéria penal”, assumiu-se como uma etapa decisiva. Isto ao suprimir a construção em pilares, consequentemente abolindo a complexa estrutura dual (Comunidade/União) que condicionava também o desenho do espaço penal europeu, e ao expressar de forma inequívoca a competência penal da UE.

Com efeito, até à mudança conduzida pelo Tratado de Lisboa, ao reconhecimento de uma competência limitada da União para intervir em matéria penal – dentro dos condicionalismos designadamente dos arts. 29.º e 31.º do TUE, e no contexto do particular terceiro pilar –, contrapunha-se a omissão de atribuição expressa à Comunidade.

O Tratado de Lisboa fez desaparecer o terceiro pilar intergovernamental e integrou a cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial na lógica “comunitária”, com a generalização do processo legislativo ordinário e a votação por maioria qualificada no Conselho (apesar das não despreciadas *nuances*). Resolveu-se, pois, aquele que era considerado “o ponto mais fraco do ELSJ: a fragmentação do seu quadro normativo de base, com todas as consequências negativas que [acarretava] em termos de racionalidade e de eficácia”⁶.

⁵ Destaca-se, quanto à jurisprudência do TJUE, o Ac. *Milho Grego* e o paradigmático Ac. *Ambiente*, pelo qual o Tribunal afirmou a existência de uma competência penal da própria (então) Comunidade. Estes Acs. – AcTJ, 21.9.1989, *Comissão/Grécia* (C-68/88) e AcTJ, 13.9.2005, *Comissão/Conselho* (C-176/03) – serão referidos com mais pormenor ao longo da dissertação.

⁶ Assim N. PIÇARRA, “O espaço...aprofundamento”, p. 1014. Na vigência de Amesterdão, e demonstrando alguns exemplos concretos ilustrativos do “carácter fragmentado, complexo e mesmo confuso do quadro decisório e normativo” do ELSJ, veja-se o Autor, “Direito da União...”, p. 264 e ss. Elencando também algumas vantagens da “comunitarização”, embora apontando para certos perigos, A. MIRANDA RODRIGUES, “O futuro do...”.

§

A presente dissertação tem por horizonte o art. 5.º do TUE, assentando em torno de três noções-chave, sempre na óptica do desenvolvimento do direito penal europeu: competência, subsidiariedade e proporcionalidade. É integrada por três Partes, que não são necessariamente equivalentes no que se refere ao respectivo nível de desenvolvimento, conforme se procurará justificar.

A Parte I, com o tema “Competência penal da União Europeia”, é integrada por três Capítulos. O 1.º Capítulo (“A evolução da competência da União Europeia em matéria penal: de Maastricht a Lisboa”) é dedicado a um breve enquadramento histórico. É verdade que essa história está hoje *escrita e bem escrita*, por iniciativa quer da doutrina nacional, quer da doutrina estrangeira, que não deixaremos de recensear. Todavia, não será despidendo dedicar algumas páginas da dissertação a esse enquadramento, até porque o elemento histórico é decisivo para a boa compreensão do tema. Por outro lado, procede-se à sistematização do quadro jurídico vigente.

O 2.º Capítulo desta Parte I (“Competência penal da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa”) começa por enunciar a distinção entre competência/base jurídica, subsidiariedade e proporcionalidade. Com efeito, os problemas que derivam da interpretação e aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, enquanto princípios reguladores do *exercício* da competência, parecem-nos dever ser discutidos, na medida consentida pela fluidez das categorizações, a jusante daqueles relacionados com a temática da competência/base jurídica. Analisam-se, nesse 2.º Capítulo, as persistentes questões em torno do art. 83.º do TFUE e de certas bases jurídicas concorrentes. Com efeito, embora o Tratado de Lisboa tenha resolvido alguns problemas controversos, simplificando em certa medida o reconhecimento e definição da referida competência, subsistem pontos problemáticos cuja discussão se afigura pertinente.

Já o 3.º Capítulo (“A jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria penal”) é dedicado à análise de alguma jurisprudência relevante do TJUE, abordando as dinâmicas de uma incidência *negativa* (na perspectiva da *neutralização* da norma penal interna) e de uma incidência *positiva* (no sentido da expansão do poder punitivo).

A Parte II, consagrada ao princípio de direito da União da subsidiariedade, que designamos de subsidiariedade *jus-comunitária*⁷ para a distinguir da subsidiariedade

⁷ A expressão “comunitário”/“comunitária” será utilizada ao longo da dissertação, numa de duas formas: ou em itálico, por corresponder a designação que já não é rigorosa (a União substituiu-se e sucedeu a

jus-criminal (a que dedicamos a Parte III), é integrada por quatro Capítulos. Esta Parte II é construída a partir da ideia da subsidiariedade enquanto *norma de acção* e *norma de controlo*⁸.

O 1.º Capítulo desta Parte II (“O princípio da subsidiariedade enquanto *norma de acção*”) dedica-se à identificação do sentido e alcance do princípio da subsidiariedade enquanto princípio regulador do exercício de competências não exclusivas da União, desde a sua consagração em Maastricht até à sua conformação actual, com particular ênfase no domínio da harmonização do direito penal substantivo. Destaca-se a tentativa de interpretar os seus critérios de base – *insuficiência* e *eficácia* –, bem como a sua contraposição com o princípio da proporcionalidade na dimensão que designamos, na falta de melhor expressão e utilizando uma fórmula em língua espanhola, como proporcionalidade “*competencial*”⁹.

O 2.º Capítulo (“O princípio da subsidiariedade enquanto *norma de controlo político*”) aborda o problema do controlo realizado pelos Parlamentos nacionais, no âmbito do sistema introduzido pelo Tratado de Lisboa. Mais do que uma abordagem teórica desse mecanismo de controlo, que também nos interessará, sistematizamos e analisamos criticamente os pareceres dos Parlamentos nacionais que se pronunciam, na perspectiva da subsidiariedade, sobre propostas harmonizadoras que relevam do direito penal substantivo.

O 3.º Capítulo (“O princípio da subsidiariedade enquanto *norma de controlo jurisdicional*”), por sua vez, trata o tema do controlo do princípio da subsidiariedade pelo TJUE, designadamente indagando se a subsidiariedade se poderá afirmar enquanto directriz de interpretação. Nesse âmbito, afigura-se-nos relevante discutir os Acs. *Ambiente* e o *argumento da subsidiariedade*. Mais genericamente, apresentamos em traços largos e analisamos criticamente a principal jurisprudência do TJUE sobre o princípio da subsidiariedade, por referência a alguns *leading cases*.

Finalmente, o 4.º Capítulo (“Reflexão crítica: da subsidiariedade *jus-comunitária* à subsidiariedade *jus-criminal* (dupla subsidiariedade?)”) principia com a afirmação de um relativo consenso em torno da ideia de que o princípio da subsidiariedade, entendido como princípio constitucional da União, é especialmente relevante no domínio do

Comunidade Europeia – art. 1.º do Tratado de Lisboa), mas que por vezes surge oportuna para identificar determinada realidade; ou sem itálico, assumidamente, sempre que nos reportemos a realidades pré-Tratado de Lisboa.

⁸ Veja-se, quanto a essas noções, J. J. GOMES CANOTILHO, “A Concretização da...”, p. 353.

⁹ A fórmula surge em M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, *passim*.

direito penal europeu. Procura-se reflectir sobre a veracidade dessa asserção, à luz dos desenvolvimentos da política criminal europeia, considerando o contributo dos Capítulos antecedentes. Por outro lado, o texto expressa a articulação entre subsidiariedade *jus-comunitária* e subsidiariedade *jus-criminal*, princípios de “diferente cultura científica” e com “diverso alcance técnico e prático”¹⁰, mas ambos determinantes na configuração dos termos, *rectius* do exercício, da competência penal europeia.

A Parte III, que intitulamos de “Subsidiariedade *jus-criminal* (proporcionalidade)”, poderia ter sido dedicada à análise sistemática do princípio da proporcionalidade também enquanto *norma de acção* e *norma de controlo*. Todavia, pareceu-nos que discutir o princípio da proporcionalidade nos mesmos termos em que discutimos o princípio da subsidiariedade, ambos princípios reguladores do *exercício* da competência da União, não se imporia necessariamente. Essencialmente porque o tema da proporcionalidade está a nosso ver mais tratado na doutrina do que o da subsidiariedade, sendo mais difícil lograr uma abordagem dotada de, pelo menos relativa, novidade¹¹. A própria imensidão da matéria convocada pelo princípio da proporcionalidade justificaria uma tese inteiramente dedicada ao tema.

Em face do exposto, interessa-nos nesta Parte III focar uma *certa perspectiva* da proporcionalidade *jus-comunitária*, ali onde esta se conecta com a subsidiariedade *jus-criminal*, ou, talvez melhor dizendo, com o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídico-penais. A ideia de uma *dupla subsidiariedade*, que dá título à presente dissertação, expressa essa opção. Nessa medida, a Parte III é mais breve do que as antecedentes, não compreendendo subdivisão.

Esta Parte III tem pois como propósito, na lógica do objecto da dissertação e no seguimento da reflexão crítica que a antecede, questionar se o paradigma da protecção

¹⁰ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 157.

¹¹ Não queremos com isto afirmar que o tema da subsidiariedade seja ignorado pela doutrina: as obras que referenciaremos ao longo da Parte II demonstram que tal não corresponde à verdade. Aliás, existe em Portugal uma tese de doutoramento sobre o princípio da subsidiariedade (publicada em 2003) – M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*; e também, pelo menos, uma tese de Mestrado (publicada em 2002) – M. R. VILHENA, *O Princípio da...* Todavia, não encontramos tratamento monográfico sobre o princípio da subsidiariedade *jus-comunitária* em contexto penal, com excepção da obra de M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*, com um capítulo dedicado ao tema, que referenciaremos em momento próprio. Em termos de tratamento analítico, identificamos com relevância os seguintes trabalhos: M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”; P. ASP, “The Importance of...”; P. DE HERT e I. WIECZOREK, “Testing the Principle...”; I. WIECZOREK, “The EPPO Draft...”; J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”. Veja-se ainda E. HERLIN-KARNELL, “Subsidiarity in the...” que precisamente refere, p. 351: “*The notion of EU subsidiarity has for a long time been fascinating academic commentators. Indeed, such has been the intense interest in this principle that it is perplexing to note the absence of any real discussion of the matter within the area of EU Justice and Home Affairs*”.

subsidiária de bens jurídico-penais, que caracterizamos em termos gerais¹², faz sentido em contexto europeu e se nele tem potencial de integração.

Trata-se em concreto de saber se a União, nas iniciativas de harmonização que promova nos domínios da criminalidade previstos no art. 83.º do TFUE, e tratando-se de decidir da natureza criminal de uma determinada conduta (*dizer o que é crime*), se encontra vinculada pelos juízos rectores subjacentes àquele paradigma. O princípio da proporcionalidade será convocado muito em especial por referência à CDFUE, com o que se aludirá ao último elemento do tríptico consagrado no art. 5.º do TUE. Mais se remete, no contexto do constitucionalismo multinível (interconstitucionalidade) em que o direito penal europeu se constrói, para a discussão orientada pela CEDH.

§

O direito penal europeu não só configura uma realidade teórica de problematização estimulante e dotada de relativa novidade, como tem uma relevância prática crescente, o que em tudo faz merecer a atenção do trabalho académico.

Experienciámos ao longo da investigação e escrita da presente dissertação uma certa tensão metodológica: tratar o tema com os olhos de quem se candidata à obtenção de grau na especialidade das ciências *jurídico-criminais*, ou antes numa perspectiva *jus-publicista*¹³ mais próxima das abordagens do direito europeu e do direito constitucional?

Considerando os temas que a dissertação trabalha, não nos pareceu que a opção pudesse ser feita em definitivo¹⁴. Daí procurarmos articular leituras dos vários universos convocados pelas questões que vamos discutindo: o diálogo com a doutrina penal, europeia, constitucional – e com a doutrina penal europeia, com que temos a sorte de poder contar¹⁵ – é uma preocupação permanente ao longo da dissertação. O

¹² A caracterização desse paradigma é feita por remissão para a bibliografia pertinente, sem prejuízo da enunciação de algumas notas gerais. Resistimos a reproduzir um nosso trabalho prévio sobre o tema – “A teoria do....” –, igualmente remetendo para o mesmo.

¹³ A afirmação faz-se com a ressalva de ser o *Direito Penal* também *Direito Público* – cfr. T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, p. 54, nota 43.

¹⁴ Para A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 13, “o direito penal europeu é direito penal especializado (europeu)”, suscitando, “pela especificidade dos problemas a enfrentar, um tratamento especializado”.

¹⁵ O direito penal europeu tem assistido a um interesse crescente por parte da doutrina, existindo actualmente bibliografia muito relevante, tanto a nível monográfico como analítico. Destacamos, de entre as obras monográficas mais relevantes na doutrina nacional, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*; M. FERREIRA MONTE, *O Direito Penal...*; P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...* (esta última não limitada a esse domínio). Quanto ao programa, conteúdos e métodos de ensino de uma disciplina centrada na análise do ELSJ, que também integra a “cooperação judiciária em matéria penal” e a “aproximação das

estabelecimento de pontes e a aproximação de sentidos constitui a aposta metodológica de base.

O diálogo com a jurisprudência é também frutífero, sendo que a dissertação recenseia decisões relevantes em torno dos temas em que assenta a investigação, arestos essencialmente do TJUE, mas igualmente, ainda que com menor expressividade, do TEDH, do TC Português e de TC de outros EM¹⁶.

Finalmente, cumpre referir que não ignoramos que a competência da União em matéria penal não pode ser reduzida ao direito penal substantivo, já que o direito penal *lato sensu* também compreende o direito penal adjetivo, *rectius*, direito processual penal¹⁷.

Todavia, em termos de opção relevante na lógica da presente dissertação, interessa-nos essencialmente o direito penal substantivo europeu. Ou seja, no domínio da designada “cooperação judiciária em matéria penal” (cfr. Título V, Capítulo 4 do TFUE), o nosso objectivo central é o de abordar os problemas que relevam da competência da União essencialmente sob o prisma da harmonização do direito penal substantivo/material. Isto sem prejuízo de, aqui e ali, se poderem enunciar questões que relevam de distinto âmbito.

legislações penais dos Estados-Membros”, N. PIÇARRA, “Direito da União...”. Já após o fecho da presente investigação, tomámos conhecimento da publicação da obra de MARGARIDA SANTOS, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016.

¹⁶ É interessante notar que nos elementos de estudo da disciplina *supra* referida, N. PIÇARRA, *ibidem*, p. 351, inicia pela “Jurisprudência do TJUE”. A este propósito, M. FERREIRA MONTE, “O sistema judicial...”, p. 221, refere que “[o] estudo do direito penal europeu (...) quedará sempre incompleto se não levar em linha de conta (...) o sistema judicial europeu, que em muitos casos tem tido um papel fundamental na própria criação do direito penal europeu”. A presente dissertação referencia, e em alguns casos sistematiza, as linhas gerais das pronúncias de cerca de nove dezenas de Acs. do TJUE.

¹⁷ Nestes termos, M. FERREIRA MONTE, “Legalidade, validade e...”, p. 131. Relativamente a esses conceitos, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 3 e ss.

PARTE I

COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

1.º CAPÍTULO – A EVOLUÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA PENAL: DE MAASTRICHT A LISBOA¹⁸

1. O Tratado de Maastricht e o terceiro pilar

1.1. Nota sobre o Pré-Maastricht

O Tratado de Maastricht marca o início da cooperação no âmbito da justiça e assuntos internos e delineia o esboço do “espaço de liberdade, segurança e justiça”, mais tarde consagrado no Tratado de Amesterdão.

No entanto, se é verdade que o Tratado de Maastricht marca o início de um percurso *na União Europeia*, que o Tratado de Amesterdão aprofunda, é igualmente justo assinalar que a cooperação judiciária *na Europa* é primeiramente posta em marcha ao nível do Conselho da Europa. Com efeito, sob a sua égide celebraram-se importantes instrumentos convencionais de cooperação em matéria penal¹⁹, que não têm aliás deixado de se suceder até aos dias de hoje, muitos dos quais orientados à harmonização do direito penal substantivo e recebidos no ordenamento jurídico nacional²⁰ (mas atente-se no n.º 3 do art. 8.º da CRP, por contraposição com o n.º 4).

Por outro lado, podem ainda referir-se outros contextos de encontro de vontades entre os EM com reflexo importante no domínio da cooperação penal, fora do quadro

¹⁸ Sobre o tema, entre muitas outras referências, destacamos as seguintes para efeitos deste 1.º Capítulo: A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*; A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, em especial p. 36 e ss.; “Artigo 82.º”; “Artigo 83.º”; “O Tratado de...”; C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”; N. PIÇARRA, “Direito da União...”; “O espaço de...aprofundamento”; “O espaço de...perspectivas”; “O Tratado de...Justiça”; P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”; “Cooperação judiciária na...”; *Fundamento, Conteúdo e...*; H. LABAYLE, “Un espace de...”, em especial p. 863 e ss.; M. FERREIRA MONTE, *O Direito Penal...*; G. SOULIER, “Le Traité d’Amsterdam...”; J. ALVES COSTA, “Constituição Europeia e...”; S. PEERS, “EU Criminal Law...”; A. WEYEMBERGH (with S. DE BIOLLEY), “Approximation of substantive...”, p. 9 a 33. Também tivemos oportunidade de dar conta desta evolução, ainda que em termos mais limitados, no nosso *Um Ministério Público...*, p. 13 e ss. Ao longo do Capítulo constam outras referências.

¹⁹ Cfr. a lista constante de Anexo I – A).

²⁰ Já no pós-Maastricht, cfr. a lista constante de Anexo I – B).

institucional próprio da (então) Comunidade, e que nos dão como que um mote para Maastricht.

Referimo-nos designadamente e muito brevemente²¹: i) ao “Grupo TREVI” (terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), composto ao mais alto nível pelos Ministros dos Assuntos Internos dos EM da CEE, criado em Dezembro de 1975 mas dinamizado sobretudo na sequência da entrada em vigor do AUE, com o objectivo de estabelecer a cooperação contra o terrorismo (“euroterrorismo”), o tráfico de droga e a imigração não autorizada; ii) aos trabalhos do “Grupo de cooperação judiciária em matéria penal” do AUE, que designadamente elaborou “cinco instrumentos consagrados a diferentes mecanismos de cooperação”²²; iii) e ainda aos “mecanismos compensatórios” da supressão dos controlos nas fronteiras internas dos EM, de Schengen (Acordo de Schengen e respectiva Convenção de Aplicação), que designadamente incluíam o Sistema de Informação Schengen²³.

Sem prejuízo do exposto, a verdade é que Tratado de Maastricht constituiu um ponto de viragem decisivo, sendo “o primeiro instrumento de direito originário a fazer uma referência explícita à matéria penal como objecto da integração europeia”²⁴.

1.2. O período de Maastricht

²¹ Seguindo N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 249 e ss; e A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 19 e ss.

²² Assim, A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *ibidem*, p. 22, com ulteriores indicações. Destacamos a Convenção, de 25.5.1987, relativa à Aplicação do Princípio *ne bis in idem* e a Convenção, de 13.11.1991, sobre a Execução de Condenações Penais Estrangeiras. Sobre os trabalhos do referido Grupo, com pormenor, J. GARCIA MARQUES, “Cooperação judiciária em...”. O AUE foi assinado, pelos então doze, no Luxemburgo e em Haia, respectivamente em 17.2.1986 e 28.2.1986, tendo entrado em vigor em 1.7.1987 (JO L 169, de 29.6.1987). *Vd.* a Declaração Política dos Governos dos Estados-Membros relativa à livre circulação de pessoas, anexa ao AUE, referindo que os EM “[c]ooperam igualmente no que respeita à *luta contra o terrorismo, a criminalidade, a droga e o tráfico de obras de arte e de antiguidades*”.

²³ *Schengen* tem um significado e evolução próprios muito significativos, que não cuidaremos de desenvolver, já que no âmbito do ELSJ nos interessará essencialmente a parte correspondente ao ex-terceiro pilar. Sobre Schengen, cfr. N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 255 e ss; e “O espaço de...perspectivas”, p. 32 a 37. O Acordo e a Convenção Schengen foram assinados, respectivamente, em 14.6.1985 e em 19.6.1990, atenta a “falta de consenso entre os então doze Estados-Membros para fazer da própria UE um espaço de fronteiras internas abertas” (N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 255). Lembre-se que os países signatários foram a Bélgica, a Alemanha, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos. À data da transferência do acervo de Schengen para o âmbito da UE, pelo Tratado de Amesterdão, o Espaço Schengen abrangia os países originariamente signatários, Espanha, Portugal, Áustria e Itália, encontrando-se o processo com a Grécia em fase avançada.

²⁴ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 417. É interessante fazer uma breve referência ao Projecto de Tratado constitutivo da Comunidade Europeia de Defesa, de 1952, que embora fracassado integrava um protocolo anexo, contemplado como regime transitório “*until such time as a common military criminal code comes into effect*” (cfr. arts. 61.º e 61.º-bis do Tratado), com um conjunto de “*Penal Provisions*”.

No âmbito de Maastricht, foi criada a União Europeia assente numa estrutura de três pilares, correspondendo a cada pilar objectivos, instrumentos e procedimentos próprios²⁵. A cooperação no domínio JAI foi institucionalizada no novo terceiro pilar, no contexto do Título VI do TUE (“Disposições relativas à cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos”), ou seja, fora do âmbito do (primeiro) pilar comunitário.

À União atribuiu-se o objectivo do “desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos” (art. B), sendo essa cooperação instituída no art. K. A cooperação judiciária em matéria penal foi considerada expressamente como uma das nove questões de “interesse comum” (art. K.1, 7)).

A lógica que lhe presidiu foi a intergovernamental, com as decisões tomadas pelo Conselho por *unanimidade* e iniciativa exclusiva dos EM, estando a Comissão privada do seu poder de iniciativa autónoma nos domínios da cooperação judiciária em matéria penal e policial, tudo nos termos dos arts. K.3 e K.4. Os Estados afastaram, pois, a cooperação judiciária penal do pilar comunitário – aliás, toda a matéria JAI foi afastada do pilar comunitário –, preferindo conservá-la sob o seu estrito domínio²⁶.

Como nos diz PEDRO CAEIRO, na vigência de Maastricht, “a arquitectura do título VI do TUE não permite duvidar de que os Estados-Membros tenham querido excluir uma competência penal da Comunidade, ainda que tenham manifestado o desejo de instituir uma cooperação mais intensa nesta matéria”, na medida em que “todo o edifício se encontra construído sobre a ‘cooperação intergovernamental’”²⁷.

Com efeito, no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, apenas o Conselho tinha, ao lado dos EM com o seu poder de iniciativa *exclusiva*, um papel predominante; mas isto enquanto “Instituição da UE que representa os interesses nacionais”²⁸. A Comissão estava, como referido, privada do seu poder de iniciativa. O papel do PE era bastante modesto, essencialmente destinatário de informação e órgão consulta, sem estar sequer especificado com clareza em que termos (art. K.6). O TJ, por sua vez, estava praticamente excluído do terceiro pilar (art. L), prevendo-se uma

²⁵ O TUE foi assinado em Maastricht em 7.2.1992 e entrou em vigor em 1.11.1993 (JO C 191, de 29.07.1992).

²⁶ Assim P. CAEIRO, “Cooperação judiciária na...”, p. 443. Para A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...* p. 34, “[o] terceiro pilar não comporta nem integração, nem, em consequência, cessão de soberania”.

²⁷ P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 198.

²⁸ C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 874.

excepção mas apenas relativamente às convenções: estas *podiam* prever a competência do TJ para interpretar as respectivas disposições e decidir sobre os diferendos relativos à sua aplicação, de acordo com as modalidades que essas mesmas convenções *especificassem* (art. K.3, n.º 2, al. c))²⁹.

As posições comuns, as acções comuns e as convenções foram os instrumentos instituídos por Maastricht. Note-se que as convenções estavam sujeitas a uma dupla unanimidade – unanimidade no Conselho para a sua elaboração e ratificação por todos os EM para entrarem em vigor³⁰ –, o que claramente condicionava o seu sucesso. Já quanto à adopção de acções comuns, é interessante sublinhar a “linguagem da subsidiariedade” do art. K.3, n.º 2, al. b): o Conselho, por iniciativa de qualquer EM, poderia adoptar acções comuns, mas apenas “na medida em que os objectivos da União [pudessem] ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-membros actuando isoladamente, atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista”.

Em suma, configurava-se uma cooperação de tipo intergovernamental, sem incidência *directa* sobre o conteúdo do direito penal nacional³¹. “[E]ntre Maastricht e Amesterdão, a União serviu como uma espécie de ambiente catalisador de vontade entre os vários Estados”³². Algumas posições comuns, acções comuns e convenções importantes foram celebradas nesta sede, mas fala-se de um cenário de lacunas e de magros resultados³³.

²⁹ C. URBANO DE SOUSA, *ibidem*, p. 876, refere ainda outra excepção reconhecida pelo TJ: “da leitura conjugada dos artigos L e M, o TJ reconheceu ainda a sua competência para anular os actos normativos do Terceiro Pilar adoptados pelo Conselho na medida em que estes invadam a esfera de competência que o TCE atribui à Comunidade Europeia” – *vd.* AcTJ, 12.5.1998, *Comissão/Conselho* (C-170/96). Seria precisamente essa jurisprudência, expressiva do “primeiro conflito de competências entre o I e o III Pilar da UE” (N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 253), que mais tarde modelaria os termos do Ac. *Ambiente* (C-176/03) – *cfr. infra*.

³⁰ A nota é de C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 875, que também assinala que as convenções eram, no terceiro pilar, “os únicos instrumentos normativos cujos efeitos jurídicos vinculativos eram inquestionáveis”.

³¹ Assim A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 32; e também M. DELMAS-MARTY, “The European Union...”, p. 88. H. LABAYLE, “Un espace de ...”, p. 828, referindo-se ao terceiro pilar de Maastricht, fala-nos da “*rigidité de son caractère intergouvernemental (...) en raison de l’exclusion délibérée des institutions communautaires et du règne de l’unanimité décisionnelle*”. C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 877, algo diferentemente, prefere falar de um modelo de “intergovernamentalismo mitigado” ou de “intergovernamentalização institucionalizada”, considerando que “o Terceiro Pilar assumia uma natureza híbrida, pois os aspectos intergovernamentais preponderantes eram mitigados por elementos que não relevam do Direito Internacional Público clássico, e que evidenciavam uma certa influência da *lógica comunitária* no Terceiro Pilar”.

³² P. CAEIRO, “Cooperação judiciária na...”, p. 443, destacando, do ponto de vista processual, a importância das Convenções de Extradição de Bruxelas (1995) e Dublin (1996).

³³ C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 878, refere um “magro resultado alcançado” e uma “resposta insatisfatória aos problemas de segurança interna”. Referindo-o também, A. MIRANDA

Destacamos, quanto ao direito penal substantivo, e a título exemplificativo, (i) do lado das acções comuns, a Acção Comum relativa à acção contra o racismo e xenofobia, a Acção Comum relativa à acção contra o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças, a Acção Comum relativa ao branqueamento de capitais, identificação detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, a Acção Comum relativa à corrupção no sector privado e a Acção Comum relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos EM da União³⁴; (ii) e do lado das convenções, a Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades (“Convenção PIF”), e seus protocolos adicionais, e a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos EM da União³⁵.

Em qualquer caso, tratava-se da definição de uma obrigação dirigida aos EM de prever (ou conformar) a incriminação de certos factos, ainda que através de uma acção comum cujo efeito vinculativo foi sempre considerado duvidoso³⁶. E isto por forma a alcançar uma certa aproximação das legislações penais internas, sempre na lógica de “melhorar” a cooperação judiciária em matéria penal enquanto questão de “interesse comum”³⁷.

Note-se que estes instrumentos integravam também a obrigação de prever “sanções *penais* eficazes, proporcionais e dissuasoras”, alguns ainda prevendo “nos casos graves, penas privativas da liberdade, podendo implicar a extradição”³⁸, mas deixavam ao legislador nacional ampla margem de liberdade.

1.3. Um elemento colocado “*al di fuori*”: o artigo 209.º-A e o domínio da protecção dos interesses financeiros

RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 35; e N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 255, e em “O espaço de...perspectivas”, p. 27, sublinhando a criação pela União de “um direito em grande parte virtual”.

³⁴ Cfr., com maior detalhe, a lista constante de Anexo I – C.

³⁵ Cfr., com maior detalhe, a lista constante de Anexo I – D.

³⁶ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 46.

³⁷ Algumas acções comuns vão ainda buscar a sua legitimação a outras questões de “interesse comum”. Veja-se o caso da Acção Comum 97/154/JAI (tráfico de seres humanos e exploração sexual de crianças), referindo também o propósito de combater uma determinada imigração não autorizada; e o caso da Acção Comum 96/443/JAI (racismo e xenofobia), referindo estar em causa “o estabelecimento de regras de acção contra o racismo e a xenofobia” enquanto “questão de interesse comum”.

³⁸ *Vd.*, a título de exemplo, a Acção Comum 97/154/JAI (tráfico de seres humanos e exploração sexual de crianças); e também a Acção Comum 98/742/JAI (corrupção no sector privado).

É interessante notar, na vigência do Tratado de Maastricht, o embrião de um regime que se pretendeu (continua a pretender?) colocado “*al di fuori*”³⁹ do específico *contexto penal* do TUE. Referimo-nos em particular ao art. 209.º-A do TCE introduzido em Maastricht, com antecedentes no célebre Ac. *Milho Grego*, sendo o domínio em causa o da protecção dos interesses financeiros comunitários.

O TJ, no Ac. *Milho Grego*, proferido no contexto de uma acção de incumprimento contra a Grécia tendo subjacente um caso de fraude contra os referidos interesses financeiros⁴⁰, procura desenvolver o dever expresso no art. 5.º do TCEE (ora, art. 4.º do TFUE): dever de cooperação leal.

De forma mais restritiva do que o antecessor Ac. *Amsterdam Bulb*⁴¹, o Acórdão considera que “quando uma regulamentação comunitária não contenha qualquer disposição específica que preveja uma sanção [administrativa] para o caso de ser violada ou remeta, nesse ponto, para as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais, o artigo 5.º do Tratado impõe aos [EM] que tomem todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário” (§ 23). Sentencia o Tribunal que os EM, embora conservando “a possibilidade de escolher as sanções”, devem “velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confiram à sanção um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo”.

A imposição dirigida aos EM é assim inscrita num duplo sentido: que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições substantivas e processuais análogas àquelas aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhante (obrigação de *assimilação*); e que seja conferido às sanções um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo (obrigação de *eficácia*).

³⁹ Expressão de L. PICOTTI, “Diritto penale comunitario...”, p. 363.

⁴⁰ AcTJ, 21.9.1989, *Comissão/Grécia* (C-68/88). Cfr. ainda o AcTJ, 8.7.1999, *Nunes e de Matos* (C-186/98). De referir que embora o Ac. *Milho Grego* tenha sido proferido no âmbito de um caso de fraude, o certo é que a conclusão nele vertida foi recuperada em outros contextos: vejam-se AcTJ, 8.6.1994, *Comissão/Reino Unido* (C-382/92) (§ 55) e AcTJ, 12.9.1996, *Gallotti e o.* (C-58/95 e apensos) (§ 14), respectivamente nos domínios da política social (protecção do emprego e dos trabalhadores) e do ambiente (resíduos). Outros casos em H. G. SEVENSTER, “Criminal Law and...”, p. 50 e 51.

⁴¹ AcTJ, 2.2.1977, *Amsterdam Bulb BV/Produktschap voor siergewassen* (C-50/76). Neste Ac., o TJ considerou que, embora o art. 5.º do TCEE incumbisse os EM de tomarem todas as medidas apropriadas, gerais ou especiais, capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos actos das instituições das Comunidades, o mesmo artigo conferia a cada EM a *faculdade* de escolher as medidas que considerasse adequadas, incluindo sanções, que poderiam mesmo ter natureza penal. Ou seja, as sanções penais fariam parte da *liberdade de escolha*, não ficando estabelecida qualquer relação de assimilação entre a protecção dos interesses comunitários e a protecção dos interesses nacionais.

Pouco tempo após a prolação do Ac. *Milho Grego*, o princípio da assimilação ganhou consagração no direito originário comunitário, mas restrito ao domínio PIF⁴²: o Tratado de Maastricht desenvolveu a tese do Acórdão e aditou o art. 209.º-A ao TCE⁴³.

Sufragando o entendimento de alguma da doutrina nacional que cuidou de interpretar o Ac. *Milho Grego* e o art. 209.º-A que o corporizou, há que concluir que da obrigação de *assimilação* não poderia deduzir-se que os EM ficassem desde logo vinculados a criminalizar as fraudes contra os interesses financeiros comunitários, mas apenas a adoptar medidas equivalentes (“análogas”) às previstas para proteger os seus próprios interesses financeiros; o que poderia, não necessariamente mas *consoante* o paradigma nacional vigente para a protecção dos interesses nacionais, abranger sanções penais⁴⁴.

Ou seja, continuava a considerar-se certo que a *Comunidade* não dispunha, na vigência de Maastricht, de competência para legislar em matéria penal (*jurisdiction to prescribe*). Com o princípio da assimilação, estava em causa uma incidência *positiva* do direito comunitário sobre o direito penal interno, mas sempre em qualquer caso *indirecta*⁴⁵.

A própria Comissão, na proposta de Convenção PIF que apresentou com base no art. K.3 do TUE (terceiro pilar), deixou claro o seu entendimento à data: a *Comunidade* não tem direito para legislar em matéria penal. Concretamente, a Comissão referiu que

⁴² Isto sem prejuízo de o Estatuto do TJ, anexo ao TCEE, de 1957, prever o seguinte no seu art. 27.º: “Os [EM] considerarão qualquer violação dos juramentos das testemunhas e dos peritos como se a infracção tivesse sido cometida perante um tribunal nacional com competência em matéria cível. Por participação do Tribunal, o [EM] em causa processará os autores desse delito perante o órgão jurisdicional nacional competente”. *Vd.*, sobre a questão de saber se o preceito constitui verdadeira norma penal *supranacional* ou se antes pressupõe mediação pela lei nacional, H. SATZGER, *International and European...*, p. 51 e ss. Outro exemplo é dado pelo art. 194.º, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica, de 1957, relativo ao dever de segredo.

⁴³ Que passou a dispor que “[o]s Estados-membros tomarão, para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, *medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros (...)*”.

⁴⁴ Cfr., a título exemplificativo, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 92; P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 198 e 199; M. MANERO DE LEMOS, *O défice democrático na...*, p. 69. Diferentemente, designadamente, F. DE ANGELIS, “La protezione giuridica...”, p. 40 e 41; G. GRASSO, “La formazione di...”, p. 17; e “Prospettive di uno...”, p. 117 e ss. Tivemos oportunidade de referir esta polémica, e de tomar partido sobre ela, em *Um Ministério Público...*, p. 54 e ss. No entanto, no recente AcTJ, 8.9.2015, *Taricco e o.* (C-105/14), o Tribunal vem contrariar este entendimento, mas já no distinto quadro do Tratado de Lisboa – veja-se o § 39 do Ac. Para a AG J. Kokott, nas suas Conclusões apresentadas em 30.4.2015, § 92 e 93, existia desde a Convenção PIF, que entrou em vigor em Outubro de 2002, um “dever especial dos Estados-Membros de punirem *penalmente* as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União”, já que a Convenção estabelece que tais fraudes devem ser passíveis de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasoras, sendo que, em caso de fraude grave, devem mesmo ser previstas penas privativas da liberdade.

⁴⁵ Como refere M. DELMAS-MARTY, “The European Union...”, p. 105, “*the judgement at no point directly imposed a substantive form of criminal proceeding or penalty*”.

“[e]mbora o art. 209.º-A CE tenha introduzido no Tratado que institui a Comunidade Europeia uma disposição específica relativa ao dever de equiparação dos Estados-membros em matéria de fraude, não confere uma base jurídica para uma acção legislativa” (entenda-se, harmonizadora)⁴⁶. A Comissão viria contudo, na vigência do Tratado de Amesterdão e em face da redacção do então novo art. 280.º do TCE, a modificar esta sua linha de entendimento, em termos que de seguida se enunciarão.

2. A competência penal negativa da União: remissão

Sem prejuízo da configuração ou desenvolvimento de uma verdadeira e própria “competência comunitária em matéria penal”, de que até então não nos parece ser possível falar, é forçoso reconhecer a importante influência *negativa* exercida pelo direito comunitário sobre o direito penal dos EM, confinando os seus limites.

Não nos referimos à já mencionada obrigação de assimilação tributária do Ac. *Milho Grego* e inscrita no art. 209.º-A do TCE (incidência *positiva*), nem à harmonização ao nível da União que seria depois potenciada pelo Tratado de Amesterdão (incidência também *positiva*). Referimo-nos à influência de natureza *negativa* derivada da jurisprudência do TJ no âmbito das respectivas pronúncias sobre a (des)conformidade com o direito europeu de numerosas normas penais internas. Faremos alusão a essa jurisprudência no 3.º Capítulo, ponto 1 (e no Anexo II).

3. O Tratado de Amesterdão e o “espaço de liberdade, segurança e justiça”

O Tratado de Amesterdão⁴⁷ veio trazer novidades de assinalável importância, sem prejuízo de continuarem a ser relevantes e a manifestarem-se, também nesta fase, os efeitos de que demos conta nos pontos anteriores – o efeito *positivo* da assimilação e da harmonização, agora potenciada⁴⁸, e o efeito *negativo* da incidência do direito comunitário.

⁴⁶ Cfr. COM (94) 214 final – 15.6.1994.

⁴⁷ Foi assinado em 2.10.1997 e entrou em vigor a 1.5.1999 (JO C 340, de 10.11.1997).

⁴⁸ Dizemos “potenciada” e não “inaugurada”, já que na vigência de Maastricht, ainda que por via das acções comuns e das convenções, foi sendo promovida uma certa harmonização das disposições de direito penal em certos domínios sectoriais. Todavia, nesse período, como assinala A. MIRANDA

O Tratado de Amesterdão abriu uma nova fase, trazendo ao texto do TUE o “espaço de liberdade, segurança e justiça”, cuja realização se apresentou como objectivo da União (arts. 2.º e 29.º do TUE).

O Título VI do TUE de Amesterdão constituiu uma redução do Título VI do TUE de Maastricht: passou-se das *disposições relativas à cooperação do domínio da justiça e assuntos internos* para as *disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal*. Isto porque o Tratado de Amesterdão comunitarizou os domínios mais directamente relacionados com a livre circulação das pessoas, que passaram para o Título IV do TCE. A cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial foram todavia mantidas no quadro intergovernamental do terceiro pilar, dada a sensibilidade dos EM quanto a esta matéria. Falava-se do “velho” e do “novo” terceiro pilar⁴⁹. De assinalar ainda que o Tratado de Amesterdão integrou a cooperação Schengen no quadro da União, repartindo o acervo Schengen entre o primeiro e o terceiro pilares.

O quadro normativo do ELSJ encontrava-se assim, nesta fase, repartido da seguinte forma⁵⁰: o Título IV do TCE (primeiro pilar) relativo aos “vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas” (arts. 61.º e ss. do TCE); o Título VI do TUE (terceiro pilar), a que dedicaremos a nossa atenção; e o acervo Schengen reconduzido a bases jurídicas de um ou outro Título.

O art. 29.º começava por ser claro: “será objectivo da União facultar aos cidadãos um *elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça*”. Mas logo a seguir a sua redacção se complexificava: aquele elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça seria possível “*mediante* a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia”; e “esse objectivo [seria] *atingido* prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude”. Prosseguia o artigo estabelecendo que a prevenção e combate à criminalidade reclamariam, por sua vez, uma cooperação policial e judiciária mais estreita, por um

RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 75, os trabalhos de harmonização eram vistos essencialmente como “meios – instrumentos – necessários à facilitação da cooperação judiciária penal”.

⁴⁹ C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 872. Sobre o tema, G. SOULIER, “Le Traité d’Amsterdam...”, p. 241 a 243.

⁵⁰ Para uma abordagem global e completa do ELSJ, N. PIÇARRA, “Direito da União...”; e N. PIÇARRA, “O espaço de...perspectivas”; ainda H. LABAYLE, “Un espace de...”.

lado, e *uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos EM*, por outro (remetendo, respectivamente, quanto ao regime de cada um destes “meios”, para os arts. 30.º, 31.º e 32.º do TUE).

Sem prejuízo da complexidade textual do preceito, o certo é que a cooperação judiciária em matéria penal surgia indubitavelmente ligada à realização daquele pretendido “espaço”. Todavia, deve assinalar-se uma certa contradição entre a epígrafe do Título VI (“Disposições relativas à *cooperação policial e judiciária em matéria penal*”) e os objectivos e meios previstos no art. 29.^{o51}; entre eles, o desenvolvimento dessa cooperação policial e judiciária, é certo, mas igualmente o da *aproximação/harmonização* das disposições de direito penal. A primeira pergunta, a que procuraremos dar resposta no 2.º Capítulo, é desde logo a seguinte: a harmonização penal tinha (tem) um estatuto de autonomia ou estava (está) sempre dependente de um seu eventual efeito benéfico para a cooperação judiciária em matéria penal⁵²?

A acção em comum no domínio da *cooperação judiciária em matéria penal* surgia no art. 31.º reportada a vários objectivos. Por um lado, os identificados com a “cooperação interestadual clássica”⁵³: facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos EM, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões (al. a)); assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos EM, *na medida do necessário para melhorar a cooperação* (al. c)); e prevenir os conflitos de jurisdição entre EM (al. d)). Por outro lado, facilitar a extradição (al. b)); e ainda – a dinâmica que mais nos interessa – *adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis, nos domínios da criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga* (al. e)).

Relativamente à adopção das referidas regras mínimas, o Tratado de Amesterdão, para além de ter dado todo um novo enquadramento e reforço a esta possibilidade, foi ainda mais longe sob um outro ponto de vista: previu, ao lado da possibilidade de adopção de regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais, a harmonização também quanto às sanções aplicáveis. De mencionar todavia a Declaração n.º 8, anexa à Acta Final do Tratado de Amesterdão, nos termos da qual o disposto na referida al. e) do art. 29.º do TUE “não terá como consequência

⁵¹ Sublinha esta “aparente contradição”, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 49 e 50.

⁵² Sobre o tema, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 111 e ss., N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 324 e ss.; P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 121 e 122.

⁵³ Assim A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 52 e ss.

obrigar um Estado-Membro a adoptar penas mínimas quando o seu sistema judiciário as não preveja”.

Embora o art. 29.º referisse que o objectivo de facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção passaria pelo combate à “criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico de ilícito de armas, a corrupção e a fraude”, o certo é que era especificado, nesse mesmo art. 29.º, que a aproximação das disposições do direito penal dos EM, isto é, a harmonização do direito penal substantivo, seria feita nos termos do disposto na al. e) do art. 31.º. Ora, aí apenas se identificavam, como domínios passíveis de harmonização, os domínios da *criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga*.

Em face do exposto, suscitou-se na vigência de Amesterdão uma querela quanto a este ponto: estaria a harmonização penal substantiva limitada aos três domínios especificados no art. 31.º, al. e), do TUE, ou deveria entender-se abranger também os domínios de criminalidade previstos no art. 29.º? No primeiro sentido se pronunciaram, designadamente, PEDRO CAEIRO⁵⁴ e ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁵⁵; no segundo sentido, designadamente NUNO PIÇARRA⁵⁶ e STEVE PEERS⁵⁷, tendo sido também esse o sentido da Conclusão n.º 48 do Conselho Europeu de Tampere (cfr. *infra*)⁵⁸.

É interessante notar que, ao inclinar-se para a segunda solução, o intérprete poderia inclusivamente reconhecer o carácter não exaustivo da lista compreendida no art. 29.º (“combatendo a criminalidade, organizada ou não, *em especial* o terrorismo, o tráfico...”). Nesse sentido se orientou, aliás, a conclusão n.º 48 de Tampere, identificando domínios para além mesmo dos contemplados no art. 29.º. Pense-se, a título de exemplo, na consideração por Tampere da *criminalidade financeira* e dos *crimes de alta tecnologia e contra o ambiente*⁵⁹.

⁵⁴ P. CAEIRO, “A *Decisão-Quadro* do...”, p. 1071; e *Fundamento, Limites e...*, p. 122 e ss.

⁵⁵ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 113. Neste sentido mais limitativo, ainda que não referindo directamente a polémica, mas mencionado “*un domaine défini: le terrorisme, la criminalité organisée et le trafic de drogue*” e uma “*harmonisation minimale*”, H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 868.

⁵⁶ N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 326; e “O espaço de...aprofundamento”, p. 1001.

⁵⁷ S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 518.

⁵⁸ Para uma visão desta Conclusão no sentido da primeira linha interpretativa, P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 125 e 126, defendendo que a harmonização nos domínios definidos em Tampere poderia sempre (e tão só) ocorrer por via de convenção. Cfr. ainda P. CAEIRO, “A *Decisão-Quadro* do...”, p. 1071.

⁵⁹ Para S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 762, tal consideração sobre um amplo alcance da harmonização (“*non-exhaustive*”) derivava, não só da referida expressão “em especial” (“*in particular*”) do art. 29.º do TUE, mas também da expressão “nomeadamente” (“*shall include*”) do corpo do art. 31.º, e ainda da

As iniciativas legislativas no domínio penal seguiriam aquela segunda lógica, pois que, em vários casos, não sendo as decisões-quadro de todo enquadráveis nos domínios do terrorismo e do tráfico ilícito de drogas, seriam também muito dificilmente equacionáveis como integrando o conceito de “criminalidade organizada”. Pense-se, apenas para dar um exemplo, na DQ 2003/568/JAI relativa ao combate à corrupção no sector privado ou na DQ 2003/80/JAI relativa à protecção do ambiente através do direito penal, que aliás nem sequer procuram justificar nos respectivos considerandos a pertença aos domínios identificados no art. 31.º, al. e).

Os instrumentos de Amesterdão destinados a alcançar os desideratos assinalados no Título VI são identificados pelas convenções, as posições comuns, as decisões e as decisões-quadro (art. 34.º), sendo as decisões e as decisões-quadro as *novidades* do novo Tratado.

As decisões tinham carácter vinculativo e não produziam efeito directo, podendo ser adoptadas para quaisquer efeitos compatíveis com o objectivo do Título VI, com exclusão da aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos EM (art. 34.º, n.º 2, al. c)), pois essa intervenção seria deixada para as decisões-quadro. Assim, estas últimas eram adoptadas para efeitos de *aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos EM*: vinculavam os Estados quanto ao resultado a alcançar, deixando no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios; e não produziam efeito directo (art. 34.º, n.º 2, al. b)). Sobre este último ponto, o Tratado de Amesterdão, sopesando as similitudes entre as decisões-quadro e as directivas e possivelmente pretendendo afastar deste domínio a jurisprudência do TJ firmada quanto ao efeito das directivas⁶⁰, teve o cuidado de precisar que as decisões-quadro “não produzem efeito directo”.

O Ac. *Pupino*⁶¹, a referir com mais detalhe no 3.º Capítulo, viria contudo a matizar a demarcada distinção definida pelo art. 34.º. Como refere NUNO PIÇARRA, a “forte e intencional diferenciação assim estabelecida pelo TUE entre directiva e decisão-quadro” *não vedou* “ao TJ o estabelecimento do princípio da obrigatoriedade da

referida conclusão de Tampere. Também admitindo que o TUE de Amesterdão/Nice permitia a harmonização relativamente a *todas as áreas do crime*, H. SATZGER, *International and European...*, p. 74.

⁶⁰ Nesse sentido, N. PIÇARRA, “A justiça constitucional...”, p. 495.

⁶¹ AcTJ, 16.6.2005, *Pupino* (C-105/03).

interpretação do direito nacional em conformidade com as decisões-quadro, por analogia com o princípio de idêntico conteúdo estabelecido para as directivas”⁶².

O TJ considerou, pois, que o órgão de reenvio, no âmbito de um processo penal promovido contra uma educadora de infância por maus tratos a menores, estava obrigado – em face da lei italiana que limitava a faculdade de o juiz de instrução criminal recorrer à produção antecipada de prova e a formas especiais de recolha e produção de prova aos casos de crime de cariz sexual (não abrangendo os crimes objecto de acusação) – a *interpretar essa lei nacional em conformidade com a decisão-quadro relativa ao estatuto da vítima em processo penal* (DQ 2001/220/JAI). Ou seja, mesmo em processo por crime diverso, ser-lhe-ia admissível, dentro de certas condições, recorrer àquelas regras especiais de recolha e produção de prova relativamente a testemunhas menores, na esteira de uma interpretação do direito nacional conforme com a decisão-quadro que lhe incumbia promover⁶³.

O Ac. *Pupino* consubstancia uma manifestação da influência, definida ao nível jurisprudencial, do direito da União sobre o direito penal dos EM: para além do princípio da assimilação, do efeito negativo e da própria harmonização, o Tribunal deixou claro que os tribunais nacionais têm, também em matéria penal e mesmo perante uma decisão-quadro (na vigência de Amesterdão), a obrigação de interpretar a lei nacional em conformidade com o direito comunitário⁶⁴.

A adopção dos referidos instrumentos normativos era feita pelo Conselho – que continuava a ter um papel predominante no terceiro pilar, cabendo-lhe a “*part du lion*”⁶⁵ –, por unanimidade e após *consulta* ao Parlamento (arts. 34.º, n.º 2, e 39.º), cabendo a iniciativa a qualquer EM e agora também à Comissão.

Na verdade, em Amesterdão reforçou-se claramente a intervenção das instituições comunitárias. O Parlamento, para além do seu papel de destinatário de informação, emissário de perguntas e de recomendações e promotor de um debate anual

⁶² N. PIÇARRA, “O espaço de...perspectivas”, p. 31.

⁶³ Veja-se, quanto aos fundamentos dessa conclusão, em especial os § 34, 36, 42. O Tribunal ressalva a limitação “pelos princípios gerais de direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade” (§ 44) e indica não poder o princípio da interpretação conforme servir de fundamento “a uma interpretação contra legem do direito nacional” (§ 47). Quando à primeira ressalva, assinala todavia que “as disposições que são objecto do presente pedido de decisão prejudicial não têm por objecto a extensão da responsabilidade penal da interessada, mas o processo e os meios de produção de prova”.

⁶⁴ Assim P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 31. *Vd.* também H. SATZGER, *International and European...*, p. 99 e ss.

⁶⁵ H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 871.

sobre os progressos realizados, passou a ser consultado pelo Conselho previamente à adopção de qualquer instrumento (à excepção das posições comuns)⁶⁶. Já a Comissão passou a ter direito de iniciativa nas matérias do terceiro pilar, ao contrário do que sucedia em Maastricht, consagrando-se “a entrada do executivo da União em matérias consideradas a justo título como refúgio das soberanias nacionais”⁶⁷.

A unanimidade no Conselho continuava a ser a regra geral – o Conselho continuava a ter um papel determinante em todo o procedimento –, mas com alguns desvios quanto: às “medidas necessárias à execução” das decisões (art. 34.º, n.º 2, al. c)); às “medidas de aplicação” das convenções (art. 34.º, n.º 2, al. d)); e às “questões de natureza processual” (art. 34.º, n.º 4).

No que ao TJ diz respeito, uma das novidades de Amesterdão foi a extensão das competências do Tribunal ao quadro da cooperação judiciária em matéria penal (arts. 46.º, al. b), e 35.º), pondo-se termo a um cenário de afastamento estabelecido em Maastricht e há muito criticado, dada a especificidade da matéria penal e a sua conexão íntima com os direitos fundamentais. Extensão “não plena”, não só pelos condicionalismos que seguidamente se enunciam, mas também porque não se previu a acção por incumprimento⁶⁸. HENRI LABAYLE fala-nos de um receio generalizado da interpretação dinâmica do Tribunal em matérias relativas à acção penal⁶⁹.

Ao TJ foi atribuída: i) competência para decidir a título prejudicial sobre a validade e a interpretação das decisões-quadro e das decisões, sobre a interpretação das convenções estabelecidas ao abrigo deste Título VI e sobre a validade e a interpretação das respectivas medidas de aplicação (competência prejudicial todavia dependente de aceitação por parte dos EM – cfr. art. 35.º, n.ºs 2 e 3⁷⁰); ii) competência para fiscalizar a

⁶⁶ Em sentido positivo, C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 892; também H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 870, louva “*le retour d’une institution démocratique et représentative au coeur d’une matière éminemment sensible à cette présence*”. Mas P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 133, assinala a não vinculatividade do parecer do PE.

⁶⁷ H. LABAYLE, “Un espace de...”, *ibidem*.

⁶⁸ Para C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 905, a “ausência deste mecanismo sancionatório do seu incumprimento constitui, sem dúvida, um factor de fragilidade da sua coercibilidade, típico do Direito Internacional”. Sobre o tema, e em termos muito desenvolvidos, N. PIÇARRA, “O Tribunal de...”. Cfr. ainda, sobre o controlo jurisdicional em matéria penal, M. FERREIRA MONTE, “O sistema judicial...”.

⁶⁹ H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 874.

⁷⁰ *Vd.*, com dados sobre as declarações relativas à aceitação da competência prejudicial do TJ, com data a 1999, a *Informação relativa à data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão*, publicada no JO L 114, de 1.5.1999, constando indicação de aceitação da Espanha, Bélgica, Alemanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Áustria, Portugal, Finlândia, Suécia (quanto à França, JO L 327, de 14.12.2005). Segundo V. MITSILEGAS, S. CARRERA e K. EISELE, “The End of...”, p. 13, a grande maioria dos “*traditional*” *EU15 member states*” aceitou a jurisdição do TJ, com excepção do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca. Como refere N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 262, já em 2010, não podiam “reenviar questões prejudiciais ao TJ os tribunais da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido e também os da

legalidade das decisões-quadro e das decisões no âmbito dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um EM ou pela Comissão (competência anulatória); iii) competência de resolução de litígios entre os EM e entre aqueles e a Comissão (cfr. os termos do art. 35.º, n.º 7, do TUE). Note-se que apesar de genericamente se louvar o progresso do Tratado de Amesterdão face ao modelo de afastamento de Maastricht, as limitações e condicionalismos persistentes ao nível da competência do Tribunal não deixaram de ser assinalados criticamente⁷¹.

Deve ainda referir-se outra “novidade” importante trazida por Amesterdão: a “cooperação reforçada” no domínio do terceiro pilar (arts. 40.º e seguintes), permitindo-se aos EM mais empenhados na cooperação recorrer a este mecanismo, de modo a incrementar a cooperação entre si, mesmo sem adesão dos restantes⁷². No fundo, tratava-se de um mecanismo para contornar as dificuldades da unanimidade e obviar os bloqueios daí derivados. Para o efeito, seria necessário que estivessem preenchidos os pressupostos gerais do instituto da cooperação reforçada (Título VII do TUE) e os pressupostos específicos definidos para o terceiro pilar. O mecanismo da cooperação reforçada, instituído em Amesterdão, viria depois a ser amplamente reformulado pelo Tratado de Nice.

De importância igualmente assinalável é a abordagem de Amesterdão aos direitos fundamentais: “a constituição de um espaço de liberdade, segurança e justiça não pode compreender-se sem partir do essencial, a abordagem do Tratado de Amesterdão em matéria de direitos fundamentais”⁷³. Com efeito, o art. 6.º do TUE, versão de Amesterdão, ex-art. F, esclareceu que a União – para lá de respeitar os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos EM, enquanto princípios gerais do direito comunitário (art. 6.º, n.º 2, do TUE de Amesterdão e ex-art. F, n.º 2, do TUE de Maastricht) – ainda

Bulgária, Chipre, Eslováquia, Estónia, Malta, Polónia e Roménia”, o que todavia, segundo o Autor, não significaria “que esse Estado-Membro, a começar pelos mesmos tribunais, não [ficasse] vinculado à jurisprudência do TJ proferida no âmbito daquele Título”. Para um exemplo de uma questão prejudicial, dirigida ao TJ por um tribunal italiano, cfr. o mencionado Ac. *Pupino*.

⁷¹ Nesse sentido crítico, H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 873 e ss.

⁷² Dizemos “novidade” porque, como assinala C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 910, a cooperação mais estreita entre certos Estados já tinha tradição no terceiro pilar, como demonstrava Schengen. Para desenvolvimentos sobre a cooperação reforçada, para além da Autora na obra citada (p. 909 e ss.), G. SOULIER, “Le Traité d’Amsterdam...”, p. 243 e ss.; e A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 87 e ss.

⁷³ H. LABAYLE, “Un espace de...”, p. 822.

“assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros” (art. 6.º, n.º 1, do TUE de Amesterdão).

Assinala-se também, no referido contexto, a introdução do art. 7.º do TUE: um “mecanismo de sanção” previsto para os casos de “violação grave e persistente” por parte de um EM de algum dos princípios enunciados no art. 6.º.

Finalmente, considerando o quadro de Amesterdão, cumpre referir que o art. 42.º do TUE previa a designada cláusula *passarelle*⁷⁴, regulando um possível procedimento de transferência das matérias do terceiro pilar para o âmbito de competências da Comunidade, transferência que todavia no quadro de Amesterdão nunca ocorreu⁷⁵.

Compreende-se porque se identifica Amesterdão com uma *ruptura*⁷⁶. Já não se considerava a cooperação judiciária em matéria penal (apenas) uma questão de “interesse comum” como em Maastricht, nem se tratava de “medidas compensatórias” dos efeitos nefastos da supressão dos controlos das fronteiras internas como em Schengen⁷⁷, apesar de estes momentos terem sido relevantes no *iter* que conduziu a Amesterdão. Com Amesterdão “inaugurou-se” um novo espaço, de liberdade, de segurança e de justiça – um “tríptico de forte simbolismo e carácter emblemático”⁷⁸ –, em que a prevenção e o combate à criminalidade surgiam como desígnio comum dos EM, e a cooperação e a harmonização eram expressamente assinaladas como vias para o alcançar.

Na vigência de Amesterdão, foram aprovados numerosos actos de direito derivado no contexto do terceiro pilar. Para além de instrumentos de natureza processual⁷⁹, foram aprovadas decisões-quadro relevantes para efeitos de harmonização do direito penal substantivo tendo por base jurídica os analisados preceitos do TUE – “o

⁷⁴ Tal cláusula já se encontrava prevista pelo Tratado de Maastricht (art. K.9 do TUE), mas apenas contemplando as seis primeiras “questões comuns”, dela excluindo a cooperação judiciária em matéria penal, aduaneira e policial.

⁷⁵ Sobre a dificuldade da transferência, C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 35.

⁷⁶ G. DE KERCHOVE *apud* A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 35.

⁷⁷ Assim A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 37.

⁷⁸ C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 882.

⁷⁹ Para uma lista detalhada, *vd.* M. FERREIRA MONTE, *O Direito Penal...*, p. 359 e 360. Destacamos, de entre as decisões-quadro relevantes em matéria processual, a DQ do Conselho, de 13.6.2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os EM (2002/584/JAI) (JO L 190, de 18.7.2002). Sobre a questão do MDE, N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 208 e ss.

direito penal europeu ganha uma parte muito relevante do corpo que o justifica como direito ‘material’ sobretudo através da harmonização no terceiro pilar”⁸⁰.

Referimo-nos às seguintes decisões-quadro, aprovadas entre 2000 e 2008: DQ sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras; DQ relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário; DQ relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime; DQ relativa à luta contra o terrorismo; DQ relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; DQ relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; DQ relativa à protecção do ambiente através do direito penal; DQ relativa ao combate à corrupção no sector privado; DQ relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; DQ que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga; DQ relativa a ataques contra os sistemas de informação; DQ destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios; DQ relativa à luta contra a criminalidade organizada; DQ relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia⁸¹.

4. As propostas “fora da caixa” na vigência de Amesterdão: uma competência penal da Comunidade?

4.1. A protecção penal dos interesses financeiros comunitários⁸²

Como já se referiu, paralelamente à construção deste *espaço penal* enquadrado no terceiro pilar intergovernamental, desenvolvia-se uma discussão “fora da caixa” do TUE, ou seja, no quadro do pilar comunitário. Procurava-se resposta para a seguinte questão: ostenta a Comunidade Europeia *ius puniendi*?⁸³

⁸⁰ Assim, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...* p. 17.

⁸¹ Cfr., com mais detalhe, a lista constante de Anexo I – E.

⁸² Existe abundante bibliografia sobre o tema, de que demos conta no nosso *Um Ministério Público...*, cit; e ainda, embora em termos mais limitados, em “A ‘luta contra...’”. Recentemente, cfr. ROSARIA SICURELLA, “Setting up a...”.

⁸³ Pergunta formulada por A. CUERDA RIEZU, no seu texto “¿Ostentan ius puniendi?”. C. URBANO DE SOUSA, “O ‘Novo’ Terceiro...”, p. 887, assinalava neste âmbito: “[d]ada a existência de matérias

Tal discussão ganhou novo fôlego com a alteração pelo Tratado de Amesterdão do art. 209.º-A do TCE, então numerado art. 280.º. Com efeito, na vigência do Tratado de Amesterdão e à luz deste novo preceito, reforçaram-se as vozes a favor do já referido sistema colocado “*al di fuori*” do específico *contexto penal* do TUE. Para tanto contribuiu o intenso labor doutrinário em torno do *Corpus Juris* (1997 a 2000), uma proposta de “micro-sistema” de tutela penal relativo aos interesses financeiros da Comunidade”⁸⁴.

O *Corpus Juris* nasceu dos trabalhos desenvolvidos por um grupo de peritos, sob iniciativa da Comissão, tendo sido apresentado numa primeira versão em 1997 e numa segunda versão, após um estudo *follow-up*, em 2000⁸⁵. Como sublinha MIREILLE DELMAS-MARTY ⁸⁶, a quem coube a respectiva direcção, o *Corpus Juris* (consubstanciado num conjunto de 35 artigos) é ao mesmo tempo um projecto muito limitado e muito ambicioso. Muito limitado porque apenas diz respeito às fraudes que atentam contra os interesses financeiros comunitários; e muito ambicioso já que define oito infracções, que seriam as “infracções europeias”⁸⁷, para as quais propõe regras de direito penal unificadas sobre a imputação da responsabilidade e sobre a determinação das sanções, bem como regras de processo penal parcialmente unificadas em torno de um princípio de territorialidade europeia, a desembocar na criação de um Ministério Público Europeu.

A base legal para o *Corpus Juris* foi discutida pelos Autores do projecto⁸⁸, tendo sido equacionadas várias alternativas. Uma dessas alternativas, a preferida pela maioria dos Autores, foi a de fazer assentar o projecto precisamente no art. 280.º do TCE.

horizontais e de natureza transpilar, não são de excluir os conflitos de competências entre a UE e a CE e as consequentes controvérsias relativas à base legal dos actos a adoptar”.

⁸⁴ Analisámos o tema no nosso *Um Ministério Público...*, p. 83 a 108, com várias referências bibliográficas.

⁸⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris, introducing...*; M. DELMAS-MARTY e J.A.E. VERVAELE (ed.), *The implementation of...* A versão de Florença, *Corpus Juris* 2000, sendo a mais recente, é a que serve de referência. O *Corpus Juris*, pese embora a sua relevância e o aturado estudo que lhe serviu de base, nunca passou do papel. Mas foi inquestionavelmente decisivo, na medida em que foi simultaneamente impulsor do debate e fonte de inspiração dos trabalhos da Comissão nos anos seguintes (que viriam a condicionar decisivamente o texto do actual art. 86.º do TFUE): cfr. COM (2000) 608 final – 29.09.2000; COM (2001) 715 final – 11.12.2001; COM (2003) 128 final – 18.3.2003.

⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, “A caminho de...”, p. 233 e 234.

⁸⁷ A saber: fraude lesiva dos interesses financeiros comunitários, fraude em matéria de celebração de contratos, branqueamento de capitais e recepção, associação criminosa, corrupção, malversação, abuso de função e revelação do segredo de função.

⁸⁸ M. DELMAS-MARTY e J.A.E. VERVAELE (ed.), *The implementation of...*, vol. I, p. 53 e ss. e p. 369 e ss., estas últimas contendo as opiniões individuais de cada um dos Autores.

Os partidários do reconhecimento de uma competência penal da Comunidade no específico quadro da protecção dos interesses financeiros comunitários – considerados o “bem jurídico *comunitário*” por excelência – assentavam a sua argumentação na circunstância de o n.º 1 do novo art. 280.º do TCE impor à Comunidade, junto com os EM, *o dever de combater a fraude e quaisquer outras actividades ilegais que afectem os seus interesses financeiros*, sublinhando o reconhecimento de um papel activo à Comunidade.

Assim, no seu entender, estava alterado o centro de gravidade do sistema de protecção dos interesses financeiros comunitários, passando-se de um modelo baseado na assimilação desses interesses com os correspondentes interesses nacionais, para um modelo de harmonização dos sistemas nacionais mas com assento no primeiro pilar (comunitário)⁸⁹.

Isto apesar de, a partir de um polo oposto da discussão, se assinalar que: i) as possibilidades de harmonização em matéria penal estavam enquadradas pelo art. 31.º, n.º 1, al. e), do TUE, no quadro essencialmente intergovernamental (ou intergovernamental *evoluído*)⁹⁰ do Título VI do TUE; ii) o art. 280.º, n.º 4, do TCE, especificava que as medidas nele assentes não poderiam dizer respeito “à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados-Membros”; iii) as competências da Comunidade são “competências de atribuição”, só sendo legítima a actuação nos domínios em que os EM lhe tenham expressamente cedido competência para legislar, o que se entendia, desde aquele polo oposto, não ocorrer no domínio penal ao nível da Comunidade⁹¹.

A Comissão, alterando a posição que assumira na vigência do art. 209.º-A do TCE, que a levava inclusivamente a promover a adopção de uma convenção, apresentou em 2001 uma proposta de directiva relativa à protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade, com o objectivo de aproximar (harmonizar) as legislações nacionais em matéria penal⁹². A directiva inspirou-se manifestamente na Convenção PIF e nos

⁸⁹ M. DELMAS-MARTY e J.A.E. VERVAELE (ed.), *The implementation of...*, vol. I, p. 54.

⁹⁰ Fala-nos de uma “cooperação intergovernamental evoluída” ou ‘comunitarizada’, N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 262.

⁹¹ Cfr. o nosso *Um Ministério Público...*, p. 52 a 72, com indicação de doutrina em apoio desta posição e tomando partido nesse sentido. M. LUÍSA DUARTE, “Tomemos a sério...”, p. 363, oferece ainda um outro argumento: o do art. 42.º do TUE, a já referida cláusula de *passarelle*, considerando que a mera previsão de uma disposição como essa demonstra a impossibilidade de “alcançar um objectivo de extensão e aprofundamento da competência comunitária sobre o qual os Estados-Membros manifestaram a vontade soberana de sobre ele decidir no futuro”, nas modalidades previstas naquele preceito.

⁹² COM (2001) 272 final – 23.5.2001. Esta proposta de directiva seria posteriormente modificada: COM (2002) 577 final.

seus protocolos adicionais, mas a Comissão sublinhou ser urgente encontrar “soluções para desbloquear a situação actual” tendo em conta a falta de ratificação dos instrumentos PIF por alguns dos EM.

Assim, invocando a necessidade de uma interpretação ampla do art. 280.º do TCE, mas restritiva da limitação prevista no seu n.º 4, a Comissão considerou que este preceito constituiria base jurídica suficiente para uma proposta de directiva, propondo a transformação dos instrumentos do terceiro pilar num acto adoptado no contexto do primeiro pilar.

Todavia, e não obstante os esforços da Comissão inspirada pelo *Corpus Juris* de firmar uma competência penal da Comunidade no contexto do primeiro pilar, o certo é que o Conselho pareceu recusar tal perspectiva, uma vez que esta proposta de directiva não saiu, no quadro de Amesterdão, da natureza de mera “proposta”⁹³.

De uma outra perspectiva, o TJ não teve ocasião de se pronunciar sobre esta específica polémica. Todavia, no Ac. *Ambiente* (C-176/03), a analisar seguidamente, referiu-se *en passant* ao “facto de os artigos 135.º CE e 280.º, n.º 4, CE reservarem, nos domínios, respectivamente, da cooperação aduaneira e do combate às ofensas aos interesses financeiros das Comunidades, a aplicação do direito penal e da administração da justiça aos Estados-Membros” (vide § 52, destaque nosso)⁹⁴. Mas o certo é que esse Acórdão veio reconhecer uma competência penal da Comunidade; interpretação que, mesmo que condicionada por certos aspectos da *política ambiente*, não deixava de ser extrapolável para o domínio PIF⁹⁵.

4.2. A protecção penal do ambiente

Embora a doutrina partidária do reconhecimento de uma competência penal da Comunidade fosse sobretudo expressiva no quadro da tutela dos interesses financeiros comunitários, o certo é que as propostas da Comissão “fora da caixa” do TUE não se ficaram pela proposta de directiva PIF. Com efeito, também em 2001, a Comissão apresentou a sua célebre proposta de directiva relativa à protecção penal do ambiente

⁹³ Mais tarde, porém, já no (diverso) quadro do art. 325.º do TFUE, a Comissão apresentaria uma proposta de directiva do PE e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, visando a substituição da proposta de directiva de 2001 e a revogação da Convenção (e protocolos) PIF: COM (2012) 363 final – 11.7.2012.

⁹⁴ O Tribunal pretendia apenas sublinhar, através da referência àqueles arts., que da sua invocação nunca poderia decorrer que no âmbito da *diversa* política do ambiente devesse ser afastada, no quadro do primeiro pilar, toda e qualquer harmonização penal (§ 52).

⁹⁵ Assim o pretendeu a Comissão: cfr. COM (2005) 583 final – 23.11.2005.

através do direito penal, com base no art. 175.º, n.º 1, do TCE, num processo que levaria à prolação do não menos célebre Ac. *Ambiente*⁹⁶.

Dedicaremos adiante (Parte II, 3.º Capítulo) uma maior atenção ao Ac. *Ambiente*, muito polémico aquando da sua prolação e nos anos que se lhe seguiram⁹⁷. O Acórdão viria a perder com o tempo algum dramatismo com a recuperação pelo Tratado de Lisboa das propostas do Tratado Constitucional, mas não deixa de ter uma assinalável importância, uma vez que, designadamente: i) revela um posicionamento do TJ fortemente criticado, sobretudo por Penalistas, à luz do quadro jurídico então vigente; ii) como que antecipou a vigência do art. 83.º, n.º 2, do TFUE, já na altura projectado no então “suspense” Tratado Constitucional; iii) é mesmo susceptível de modelar a interpretação do novo art. 83.º, n.º 2, do TFUE, e em geral até potenciar uma interpretação “para lá” dos limites desse preceito (cfr. 2.º Capítulo).

Enquadrando o caso, não obstante a proposta de directiva em matéria de ambiente apresentada pela Comissão no contexto do primeiro pilar, o certo é que o Conselho optou, no quadro intergovernamental, por adoptar dois instrumentos precisamente fundados no Título VI do TUE: a DQ 2003/80/JAI relativa à protecção do ambiente através do direito penal; e a DQ 2005/667/JAI destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios (que daria origem ao segundo Ac. *Ambiente*, *infra*).

Ora, no processo que daria origem ao Acórdão do TJ de 13 de Setembro de 2005⁹⁸, a Comissão interpôs um recurso contra o Conselho destinado a obter a anulação da referida DQ 2003/80/JAI. A Comissão foi acompanhada pelo PE, possivelmente empenhado em assumir uma posição de maior destaque na aprovação de normas penais. Já o Conselho foi apoiado por onze EM (dos então quinze, já que o recurso dá entrada em 2003).

O Tribunal anula a DQ, dando provimento ao recurso da Comissão, oferecendo para tanto os seguintes argumentos (§ 38 a 55): i) nenhuma disposição do TCE pode ser afectada por uma disposição do TUE (art. 47.º, e primeiro parágrafo do art. 29.º, ambos do TUE); ii) a *protecção do ambiente constitui um dos objectivos essenciais da*

⁹⁶ COM (2001) 139 final – 13.3.2001. Criticamente, e defendendo mesmo a ineficácia do acto, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 98 a 100.

⁹⁷ Cfr., para uma sistematização e análise deste Ac., e do Ac *Ambiente II* a referir seguidamente, S. PEERS, “The European Community’s...”; ainda J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”. *Vd.* ainda a bibliografia indicada na Parte II, 3.º Capítulo.

⁹⁸ AcTJ, 13.9.2005, *Comissão/Conselho* (C-176/03). Cfr. ainda a Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 26.5.2005.

Comunidade (arts. 2.º, 3.º, n.º 1, al. I), e 6.º, do TCE); iii) os arts. 174.º a 176.º do TCE constituem o quadro em que deve ser conduzida a política comunitária no domínio do ambiente; iv) em princípio, a legislação penal e processual penal não é abrangida pelo âmbito da competência da Comunidade (remissão para o Ac. *Casati*, § 27), “[p]orém, quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente, esta última conclusão não pode impedir o legislador comunitário de tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considere necessária para garantir a plena efectividade das normas que promulgue em matéria de protecção do ambiente”; v) donde “atendendo tanto à sua finalidade como ao seu conteúdo, os artigos 1.º a 7.º da decisão-quadro têm por objecto principal a protecção do ambiente e poderiam ter sido validamente adoptados com fundamento no artigo 175.º CE”.

Ora, atendendo aos aludidos fundamentos, o Tribunal considera que a decisão-quadro *invade as esferas das competências comunitárias*, sendo por isso inválida nos termos do art. 47.º UE.

No Acórdão seguinte (*Ship-Source Pollution* ou *Ambiente II*), datado de 23 de Outubro de 2007⁹⁹, a narrativa jurídica é muito similar. A Comissão, apoiada pelo PE, interpõe um recurso contra o Conselho visando a anulação da DQ 2005/667/JAI. O Conselho, por sua vez, conta com o apoio de numerosos EM (dezanove de vinte e cinco, já após o alargamento de 2004).

O TJ anula também neste caso a DQ, dando provimento ao recurso da Comissão. Os argumentos jurídicos (§ 52 a 74) mais centrais são similares aos do Acórdão anterior, mas mais intrincados, na medida em que o Tribunal procede à consideração conjunta da *política ambiente* e da *política transportes* e funda a intervenção comunitária, não no art. 175.º do TCE, mas no art. 80.º, n.º 2, do TCE (transportes). Segundo o Tribunal: “na medida em que os artigos 2.º, 3.º e 5.º da Decisão-Quadro 2005/667 têm por objectivo garantir a eficácia das normas adoptadas no domínio da *segurança marítima*, cujo incumprimento pode ter consequências graves para o *ambiente*, impondo aos Estados-Membros a obrigação de sancionarem penalmente certos comportamentos, deve considerar-se que estes artigos têm essencialmente por

⁹⁹ AcTJ, 23.10.2007, *Comissão/Conselho* (C-440/05). Cfr. ainda as Conclusões do AG J. Mazák, apresentadas em 28.6.2007.

objectivo melhorar a segurança marítima, do mesmo modo que a protecção do ambiente, e poderiam validamente ser adoptados com fundamento no artigo 80.º, n.º 2, CE”.

Note-se todavia que neste caso o Tribunal, contrariando a Comissão, considera que a “fixação do tipo e do grau das sanções penais a aplicar” já “não é da competência da Comunidade”, sendo por isso a DQ adoptada ao abrigo do Título VI do TUE, quanto a esta parte, o instrumento adequado.

Apesar desta consideração, que parecia ter a virtualidade de “salvar” a DQ, o Tribunal conclui pela *invalidade plena* da mesma. E isto por entender existir um vínculo indissociável entre a *norma perceptiva* e a *norma sancionatória*. Ou seja, no entender do Tribunal, uma vez que a *decisão-quadro* não podia delimitar o comportamento ilícito, por esse papel caber à *directiva*, a circunstância de já lhe ser admissível prescrever sanções criminais é dada por irrelevante; devendo, por essa razão, ser anulada na íntegra, com fundamento em violação do art. 47.º, ou seja, em *invasão das esferas de competência comunitária*.

Na sequência do primeiro Acórdão, a Comissão apresentaria uma Comunicação sobre as consequências a retirar do mesmo, apresentando uma “lista de textos afectados pelo Acórdão”¹⁰⁰. Depois de esclarecer que pediu a anulação da DQ 2005/667/JAI por se tratar do único caso em que, por razões de prazo processual, tinha a possibilidade de introduzir um recurso de anulação – dando assim a entender que, em podendo, teria requerido a anulação de outras –, a Comissão elabora uma lista de decisões-quadro que entende deverem ser “regularizadas” quanto à sua base jurídica. Ou seja, a Comissão procurou claramente tirar o máximo partido do Acórdão (extravasando o seu alcance, na medida em que, entre o mais, apenas chama à colação o critério da “necessidade” mas não já o da “indispensabilidade”¹⁰¹), com o objectivo de transferir para o quadro do pilar comunitário o conteúdo de numerosas decisões-quadro.

¹⁰⁰ COM (2005) 583 final – 23.11.2005. Sobre a Comunicação e a reacção dos EM, J.A.E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, em especial p. 51 e ss. Também o PE apresentou uma resolução, em que aplaude o Ac., mas “[s]olicita à Comissão que não estenda de forma sistemática as conclusões do Tribunal de Justiça a todas as outras matérias regidas pelo primeiro pilar”, mas que antes privilegie “uma abordagem casuística”; isto no contexto da “necessidade de identificar novas bases jurídicas com fundamento no Tratado CE para instrumentos de legislação aprovados no âmbito do terceiro pilar” – cfr. *Resolução do PE sobre as consequências do acórdão do Tribunal de Justiça*, 13.9.2005 (2006/2007(INI)).

¹⁰¹ Nota-o H. LABAYLE, “Architecte ou spectatrice?...”, p. 15: veja-se o ponto 2.2. da Comunicação.

De sublinhar finalmente que na sequência dos referidos Acórdãos foram efectivamente aprovadas duas directivas contendo medidas de direito penal, a fim de assegurar a aplicação de regras de protecção do ambiente e de luta contra a poluição por navios: a primeira com base jurídica no art. 175.º, n.º 1, do TCE; a segunda com base jurídica no art. 80.º, n.º 2, do TCE¹⁰². Mas em qualquer dos casos sem que se contemplassem regras pormenorizadas sobre sanções, designadamente quanto ao seu tipo e grau, na esteira do Ac. *Ambiente II*: os diplomas apenas se referem a sanções “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”, fórmula do Ac. *Milho Grego* mas aqui aplicável às sanções penais¹⁰³.

4.3. A doutrina das *outras* bases jurídicas

Uma última referência breve para dar conta de que a discussão sobre a base jurídica para a harmonização do direito penal se produzia ainda com referência a um outro argumento: o do *mercado comum*, tendo por contexto o art. 94.º do TCE (art. 100.º do TCEE). Com efeito, prevendo este artigo a possibilidade de o Conselho adoptar directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM que tenham *incidência directa* no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum, tal preceito foi igualmente reivindicado por alguns Autores enquanto base jurídica de medidas harmonizadoras do direito penal substantivo¹⁰⁴. Chamava-se ainda à colação o art. 235.º do TCE (mais tarde, art. 308.º do TCE), o denominado artigo de “último recurso”, que se considerava não dever ser descurado na procura da base jurídica pretendida¹⁰⁵.

¹⁰² Directiva 2008/99/CE do PE e do Conselho, de 19.11.2008, relativa à protecção do ambiente através do direito penal (JO L 328, de 6.12.2008); e Directiva 2009/123/CE do PE e do Conselho, de 21.10.2009, que altera a Directiva 2005/35/CE relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infracções (JO L 280, de 27.10.2009).

¹⁰³ J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, p. 57. O Autor refere ser surpreendente que as directivas referidas não tenham sido depois acompanhadas pela aprovação de decisões-quadro tendo em vista a definição do tipo e grau das sanções, já que, assim sendo, “*there is less harmonisation of criminal law enforcement of the environment under the actual framework than the one adopted by the annulled Framework Decision*”.

¹⁰⁴ Assim G. GRASSO, “Prospettive di uno...”, p. 117 e ss. Também desenvolvendo o argumento, A. CUERDA RIEZU, “¿Ostentan ius puniendi...”, p. 630 a 632; e H. G. SEVENSTER, “Criminal Law and...”, p. 67 e 68. Sobre esta problemática, pronunciando-se em especial sobre o art. 94.º do TCE (mas também sobre outras bases jurídicas, por exemplo, o art. 308.º do TCE), mas recusando que o mesmo pudesse “implicar a possibilidade de serem adoptadas medidas de natureza penal”, M. FERREIRA MONTE, “Legalidade, validade e...”, p. 118 e ss.

¹⁰⁵ Sobre estas bases jurídicas, que foram também equacionadas como bases de implementação do *Corpus Juris*, cfr. M. DELMAS-MARTY e J.A.E. VERVAELE (ed.), *The implementation of...*, vol. I, p. 53 e ss. e p. 369 e ss. Em sentido crítico, P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 197 a 199. Também um dos

Note-se que a Comissão apresentou, em 23 de Março de 1990, no quadro do primeiro pilar, uma proposta de *directiva* do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de reciclagem do produto de actividades ilegais, proposta que integrava uma disposição com relevância criminal (uma “obrigação de criminalização”¹⁰⁶); e que indicava no preâmbulo motivos identificáveis com a tutela do *mercado comum*. A proposta daria depois origem à Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, que todavia viria a suprimir aquela mencionada “obrigação de criminalização”¹⁰⁷.

Cumprir finalmente destacar a existência de pelo menos duas directivas com relevância penal aprovadas no contexto do primeiro pilar: a Directiva 2002/90/CE relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (base jurídica: art. 61.º, al. a), e art. 63.º, n.º 3, al. b), ambos do TCE), que insta os EM a punirem com “sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas” a autoria, a cumplicidade, a instigação e a tentativa de determinados comportamentos (arts. 1.º a 3.º)¹⁰⁸; e a Directiva 2009/52/CE que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular¹⁰⁹ (base jurídica: art. 63.º, n.º 3, al. b), do TCE, mas já no rescaldo das negociações do Tratado de Lisboa).

peritos do *Corpus*, J. SPENCER em M. DELMAS-MARTY e J.A.E. VERVAELE (ed.), *The implementation of...*, vol. I, p. 380. S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 514, refere precisamente uma directiva aprovada ao abrigo do art. 308.º do TCE: a Directiva 2004/80/CE do Conselho, de 29.4.2004, relativa à indemnização das vítimas da criminalidade (JO L 261, de 6.8.2004).

¹⁰⁶ JO C 106, de 28.4.1990. Art. 2.º: “[o]s Estados-membros velarão por que a reciclagem de capitais provenientes de qualquer crime grave seja tratada como infracção criminal nos termos da respectiva legislação nacional”.

¹⁰⁷ JO L 166, 28.6.1991. O art. 2.º passou a dispor: “[c]ompete aos [EM] proibir o branqueamento de capitais, tal como definido na presente directiva”. O novo preceito não especificava, portanto, a natureza da proibição, mas M. DELMAS-MARTY, “The European Union...”, p. 99, assinala que na transposição da directiva, “a number of countries have in fact adopted criminal legislation on the topic”. Afirma P. CAEIRO, “A *Decisão-Quadro* do...”, p. 1074, a este propósito, que “a inexistência de um dever de proibir o branqueamento nos termos prescritos pela *Directiva* através da lei penal não impede o legislador português, como é óbvio, a utilizar esse meio para cumprir o seu dever de transposição das disposições constantes do instrumento comunitário”. Para uma panorâmica geral do branqueamento, P. DE SOUSA MENDES, “O Branqueamento de...”. Veja-se ainda, sobre a Directiva n.º 2003/6/CE (abuso de mercado), referindo a “incidência, embora indirecta, no direito penal” dos EM, o Autor, “A Adaptação do...”.

¹⁰⁸ Directiva 2002/90/CE do Conselho, de 28.11.2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (JO L 328, de 5.12.2002). A subsequente DQ 2002/946/JAI matizaria o carácter penal da referida directiva (assim, o AG D. Ruiz-Jarabo Colomer nas suas Conclusões apresentadas em 26.5.2005, no âmbito do processo C-176/03, § 42).

¹⁰⁹ Directiva 2009/52/CE do PE e do Conselho, de 18.6.2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular (JO L 168 de 30.6.2009).

5. Do Pós-Amesterdão a Lisboa: Tampere, Nice, a Carta e o Tratado Constitucional

No pós-Amesterdão foi relevante o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, dedicado especificamente ao ELSJ. Diz-se que Tampere é ao mesmo tempo um ponto “de chegada” e “de partida”, porque culminou um processo de construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, mas trouxe consigo promessas de novos desafios¹¹⁰.

As suas conclusões espelharam o compromisso entre a definição de objectivos e metas políticas e a determinação de acções concretas para os realizar. Para NUNO PIÇARRA, Tampere veio mesmo “conferir ao ELSJ e às suas diversas vertentes um impacto político, uma abordagem global e um aprofundamento que o Tratado de Amesterdão tinha querido manifestamente evitar”, “[a] tal ponto que acaba por consubstanciar de algum modo uma ‘mutação informal’ do próprio dispositivo dos Tratados”¹¹¹.

É importante assinalar no âmbito de que nos ocupamos a conclusão n.º 48 de Tampere, a reorientar, no sentido da “mutação” referida, os domínios da harmonização previstos no art. 31.º, al. e), do TUE¹¹².

O Conselho Europeu parece efectivamente apontar no sentido de um maior alcance dessa harmonização quando refere: “(...) no que diz respeito à legislação nacional em matéria penal, os esforços para que sejam aprovadas definições, incriminações e sanções comuns deverão incidir em primeiro lugar num número limitado de sectores de particular importância, tais como *a criminalidade financeira (branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção do euro), o tráfico de droga, o tráfico de seres humanos, nomeadamente a exploração de mulheres, a exploração sexual de crianças, os crimes de alta tecnologia e os crimes contra o ambiente*”.

¹¹⁰ Assim, A. MIRANDA RODRIGUES e J. LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, p. 91. Desenvolvidamente sobre o tema, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 67 a 82.

¹¹¹ Cfr. N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 267, dando como exemplo desta “mutação informal” o facto de o programa de Tampere consagrar o princípio do reconhecimento mútuo como “pedra angular da cooperação judiciária na União”, “sem encontrar qualquer respaldo nas disposições que o TUE dedica à cooperação judiciária em matéria penal”.

¹¹² *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de Outubro de 1999. Vd. ainda a relevante conclusão n.º 46, sobre a criação da Eurojust. No seguimento da referida Conclusão, em 28.2.2002, por decisão do Conselho, foi criada a unidade definitiva Eurojust, que estava em actividade desde 1.3.2001 como unidade provisória – cfr. a Decisão do Conselho, de 28.2.2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JO L 63, de 6.3.2002). O Tratado de Nice incorporou depois da Eurojust no TUE (actualmente, art. 85.º do TFUE). Indicámos bibliografia relevante sobre a Eurojust no nosso *Um Ministério Público...*, p. 29 a 33.*

Entretanto, em 26 de Fevereiro de 2001, é assinado o Tratado de Nice¹¹³. No que ao ELSJ diz respeito, as principais novidades de Nice centraram-se na reformulação das disposições relativas às cooperações reforçadas e na incorporação da Eurojust no TUE, por alteração dos arts. 29.º e 31.º. De referir que, aproveitando o ensejo da Conferência Intergovernamental de Nice e partindo do trabalho preparatório levado a cabo pelos peritos do *Corpus Juris*, a Comissão apresentou uma contribuição complementar àquela Conferência, recomendando a instituição de um Procurador Europeu que exercesse a acção penal em matéria de protecção dos interesses financeiros comunitários¹¹⁴. Para tanto, propunha o aditamento de um art. 280.º-A ao TCE que pudesse servir de base jurídica. Contudo, a proposta da Comissão não foi aceite pelos Chefes de Estado e Governo reunidos em Nice, tendo a opção sido a da institucionalização da Eurojust.

Destacamos ainda, em finais dos anos 90, o marco decisivo da aprovação da CDFUE, nascida da vontade dos EM de “constitucionalizar” os direitos que pretendiam reconhecer aos cidadãos da União, que significava muito mais do que a sua condensação na cláusula do artigo 6.º, n.º 2, UE”¹¹⁵.

A Convenção, convocada pelo Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de Junho de 1999¹¹⁶, levou a cabo os seus trabalhos entre Dezembro de 1999 e até Outubro de 2000. Não havendo acordo quanto ao carácter obrigatório/vinculativo da Carta e quanto à sua inclusão no TUE, assumiu a forma de Proclamação solene do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, de 7 de Dezembro de 2000. Depois de um percurso algo complexo que designadamente levou à introdução de algumas adaptações em Dezembro de 2007, a Carta acabaria por não ficar formalmente integrada nos Tratados, mas o actual art. 6.º, n.º 1, do TUE, dispõe que a mesma “tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

A CDFUE reconhece, no seu art. 6.º, o *direito à liberdade e à segurança*, sendo interessante assinalar que nas *Anotações relativas à Carta* se especifica que “os direitos consignados no artigo 6.º devem ser respeitados especialmente” aquando da adopção de “actos legislativos na área da cooperação judiciária em matéria penal”, “nomeadamente

¹¹³ Entrou em vigor em 1.2.2003 (JO C 80, de 10.03.2001).

¹¹⁴ COM (2000) 608 final – 29.9.2000.

¹¹⁵ F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 197. Sobre a Carta, *vd.* o Autor, p. 195 a 235. Cfr. ainda VITAL MOREIRA, “Anotação Geral”; e R. MOURA RAMOS, “A Carta dos...”.

¹¹⁶ *Conclusões do Conselho Europeu de Colónia, 3 e 4 de Junho de 1999 – Anexo IV. Decisão do Conselho Europeu sobre a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.*

tendo em vista a definição de disposições mínimas comuns em matéria de qualificação de infracções e de penas e determinados aspectos do direito processual”¹¹⁷.

Outro marco extraordinariamente importante no período que podemos identificar como “pós-Amesterdão e pré-Lisboa” é representado pelo Tratado que estabelece (ou que estabelecia) uma Constituição para a Europa.

O Tratado tem como antecedente a Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia, que resultou do Conselho Europeu de Laeken, reunido a 14 e 15 de Dezembro de 2001¹¹⁸. Partindo do precedente da aprovação da Carta, o referido Conselho Europeu, marcando uma viragem em matéria de revisão dos Tratados, nomeou uma Convenção; a qual, deliberando entre Fevereiro de 2002 e Julho de 2003, apresentou o Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, de 18 de Julho de 2003¹¹⁹. Em 18 de Julho de 2004, a Conferência Intergovernamental, após um processo de negociação, aprovou-o por unanimidade, com algumas alterações. Em 29 de Outubro foi assinado, em Roma, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

A Declaração de Laeken habilitava o *Praesidium* da Convenção a criar grupos de trabalho *ad hoc*, com vista ao aprofundamento de questões técnicas. Foram criados onze, destacando-se o Grupo X dedicado ao ELSJ, cujo relatório final constitui “um antecedente próximo incontornável, que muito influenciou o teor das disposições do Tratado Constitucional relativas ao ELSJ”¹²⁰.

Todavia, sem prejuízo das suas relevantíssimas novidades, designadamente no que concerne à modelação do espaço de liberdade, segurança e justiça – e no contexto do abatimento dos pilares –, o certo é que o Tratado Constitucional ficou pelo caminho e mais não é do que um documento de trabalho. Assim, entre a data da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão (1999) e a data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), e apesar de o Tratado Constitucional e de os trabalhos subjacentes terem animado as discussões, permanecia intacto o quadro jurídico-institucional do ELSJ inaugurado em Amesterdão e ajustado em Nice.

¹¹⁷ Referimo-nos ao texto da Carta publicado em JO C 303, de 14.12.2007. *Vd.*, nessa mesma fonte, as *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*.

¹¹⁸ Cfr. *Conclusões do Conselho Europeu de Laeken, 14 e 15 de Dezembro de 2001 – Anexo I. Declaração de Laeken sobre o futuro da União Europeia*. Sobre este processo, N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 982 e ss.

¹¹⁹ CONV 850/03 – 18.7.2003.

¹²⁰ N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 985. Cfr., quanto a esse Relatório final, CONV 426/02 – 2.12.2002.

O Tratado de Lisboa sufragou o essencial das propostas do Tratado Constitucional no referido âmbito, justificando-se centrar a nossa atenção somente nas soluções gizadas em Lisboa. Mas tendo sempre em mente a extraordinária importância dos trabalhos do Tratado Constitucional, donde as soluções de Lisboa foram decalcadas.

6. O Tratado de Lisboa: de 2009 em diante

Após dois anos de reflexão quanto ao processo de reforma dos Tratados, o Conselho Europeu de 21 e 22 de Junho de 2007, realizado em Bruxelas, decidiu convocar uma Conferência Intergovernamental para elaboração de um novo Tratado, o “Tratado Reformador”¹²¹.

O Conselho Europeu adoptou um mandato circunstanciado e preciso para a Conferência Intergovernamental, delineando de forma pormenorizada a forma como a Conferência deveria elaborar o Tratado Reformador¹²². O mandato incumbia a Conferência Intergovernamental de, em conformidade com o método tradicional de revisão dos Tratados, introduzir alterações nos Tratados então em vigor, o TUE e o TCE, este último a ser designado “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. No que se refere ao teor das alterações, as inovações resultantes da Conferência Intergovernamental de 2004 deveriam ser integradas no TUE e no TFUE¹²³.

O texto final do Tratado redigido pela Conferência Intergovernamental foi aprovado na sessão final de dias 18 e 19 de Outubro de 2007. O Tratado de Lisboa foi assinado pelos EM a 13 de Dezembro de 2007, tendo entrado em vigor em 1 de Dezembro de 2009¹²⁴.

O mandato da Conferência Intergovernamental previa que o Tratado Reformador não tivesse carácter constitucional, pelo que havia que depurar o texto de todas as menções de índole constitucional¹²⁵. Destaca-se que foi afastada a menção

¹²¹ Cfr. *Conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas, 21 e 22 de Junho de 2007*.

¹²² Cfr. Anexo I das Conclusões da Presidência; ainda a *Resolução do Parlamento Europeu sobre a convocação da Conferência Intergovernamental (CIG)*, de 11.7.2007 (11222/2007 - C6-0206/2007 - 2007/0808(CNS)); e da Comissão, a Comunicação COM (2007) 412 final – 10.7.2007.

¹²³ Cfr. Anexo II do mandato da Conferência Intergovernamental.

¹²⁴ Cfr. JO C 306, 17.12.2007. Para uma apresentação geral do Tratado de Lisboa, N. PIÇARRA, “O Tratado de...vigência”. Especificamente sobre o ELSJ, do mesmo Autor, “O Tratado de...Justiça”.

¹²⁵ Sobre este assunto, M. LUÍSA DUARTE, “Notas de Apresentação”, p. 6: “‘a imprudência’ semântica que condenou a proposta constitucional deu lugar a um exercício meticuloso de neutralização ideológica do

expressa ao princípio do primado do direito da União (mas veja-se a Declaração n.º 17 sobre o primado do direito comunitário¹²⁶), e ainda que a CDFUE deixou de integrar o Tratado (mas veja-se o art. 6.º do TUE)¹²⁷.

7. Competência penal da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: o quadro legal vigente

Enquadrando a *competência penal da União Europeia* à luz do Tratado de Lisboa – por ora numa perspectiva sistemática –, é desde logo de assinalar a abolição da construção em pilares, que fez desaparecer o terceiro pilar intergovernamental. Assim, relativamente ao ELSJ, põe-se fim a um cenário de “dualidade ou fragmentação do seu quadro normativo de base, disperso por dois tratados com lógicas, procedimentos decisórios, sistemas de fontes de direito e modos de garantia contrastantes”¹²⁸. Na verdade, os domínios da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial eram os únicos a ser preservados no ex-terceiro pilar depois dos Tratados de Amesterdão e Nice, verificando-se agora a sua “supranacionalização”¹²⁹.

A cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial são assim integradas na lógica “*comunitária*”, com a generalização do processo legislativo

texto anterior, do qual foram eliminadas as mais conspícuas expressões de recorte constitucional, inspiradas pela precipitada e desnecessária analogia entre a União e o Estado”.

¹²⁶ Lê-se nessa Declaração n.º 17: “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”. A Declaração n.º 17, anexada à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, integra ainda um parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado, relembrando o Ac. *Costa/ENEL* e declarando que “[o] facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça”. Sobre esta declaração, e com uma interpretação do princípio do primado no contexto dos duros diálogos do Tribunal Constitucional Alemão com o direito da União, cfr. o Ac. daquele Tribunal sobre o Tratado de Lisboa, em especial p. 59 e ss., § 331 e ss. – *BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08. Vd.*, sobre “a articulação dos mecanismos de controlo jurisdicional interno e de controlo jurisdicional comunitário”, com reflexões sobre o princípio do primado, R. MOURA RAMOS, “O Tratado que...”.

¹²⁷ O artigo I-6.º do Tratado Constitucional dispunha: “A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros”; e o artigo I-9.º do Tratado Constitucional dispunha: “1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais, que constitui a Parte II”.

¹²⁸ N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 1010.

¹²⁹ Cfr. o Ac. referido, p. 15 e 16.

ordinário (co-decisão Parlamento/Conselho) e a votação por maioria qualificada no Conselho. NUNO PIÇARRA refere uma “comunitarização geral com derrogações”¹³⁰.

Com efeito, a comunitarização do antigo terceiro pilar não impede que persista um certo particularismo institucional – são as referidas “derrogações” ou *nuances*: a definição das orientações estratégicas da programação legislativa e operacional pelo Conselho Europeu (por consenso), sem que o Parlamento seja associado; a partilha da iniciativa legislativa entre a Comissão e um quarto dos EM (e não apenas de um Estado) no domínio da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial; o reforço do papel dos Parlamentos nacionais, nomeadamente quanto ao controlo do respeito pelo princípio da subsidiariedade, à avaliação da execução das políticas da União neste domínio e ao controlo da actividade da Eurojust e da Europol. E ainda a regra da unanimidade no Conselho em domínios particularmente sensíveis.

O papel do PE sai reforçado, na medida em que o seu papel de co-legislador é plenamente reconhecido, mediante a generalização da co-decisão, elevada a processo legislativo ordinário (art. 289.º, n.º 1, do TFUE). Este reforço é da maior importância no sensível âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, na medida do aprofundamento do elemento democrático; e no mesmo sentido vai o reforço, também reconhecido pelo Tratado, do papel dos Parlamentos nacionais¹³¹.

Merece também referência prévia o renovado papel do TJUE, na medida em que o controlo jurisdicional assume-se, no texto do Tratado, na sua (quase) plenitude. Apenas se estabelece uma excepção no que respeita ao controlo da validade e da proporcionalidade de operações policiais, bem como ao exercício, pelos Estados, das suas responsabilidades em matéria de manutenção da ordem pública e de protecção da segurança interna (cfr. arts. 263.º e 276.º do TFUE).

Todavia, a “normalização” da competência do TJUE tem de ser perspectivada à luz do Protocolo relativo às disposições transitórias. Por força dos arts. 9.º e 10.º, n.ºs 1 e 2, do referido Protocolo, anexo aos Tratados, durante um período transitório de cinco anos a contar da data em vigor do Tratado de Lisboa, os actos adoptados ao abrigo do anterior art. 34.º, n.º 2, do TUE, que não tivessem sido transformados em regulamentos, directivas ou decisões tipificados pelo actual art. 288.º do TFUE, ou então alterados, mantinham os seus efeitos e ficavam sujeitos ao *controlo jurisdicional reduzido*

¹³⁰ N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 238.

¹³¹ *Vd.* o Protocolo relativo ao papel dos parlamentos nacionais na União Europeia e o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

previsto pelo anterior art. 35.º do TUE; só decorrido esse período de cinco anos, que teve o seu fim em 1 de Dezembro de 2014, é que os actos da União no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal adoptados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa que tenham permanecido *inalterados* deixaram de estar sujeitos a tais disposições transitórias, nos termos do art. 10.º, n.º 3¹³².

Note-se que esse período de carência também foi imposto relativamente às competências conferidas à Comissão nos termos do art. 258.º do TFUE (poderes de *enforcement*). A Comissão passou, com o fim do período transitório, a ter competências plenas, no âmbito do ELSJ, para reagir contra o EM incumpridor promovendo acções de incumprimento. Passou pois a assumir, em exercício pleno, o seu papel de “guardião dos Tratados”¹³³.

Analisemos mais detalhadamente as específicas disposições dos Tratados que relevam do âmbito do ELSJ, na sua dimensão mais correlacionada com a matéria penal.

Nos termos do n.º 1 do art. 3.º do TUE, a União “tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos”. Tais objectivos são depois concretizados nos números seguintes do artigo, sendo de destacar o n.º 2, onde se dispõe que a União “proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

O art. 6.º do TUE é alterado, num reforço da garantia dos direitos e das liberdades, dele resultando: i) que a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na CDFUE¹³⁴, que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados; ii) que a União adere à CEDH¹³⁵; iii) que do direito da União fazem parte, enquanto

¹³² Seguimos, quanto a esta explicação, N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 258 e 259, em nota; ainda do mesmo em Autor, em sentido crítico, “O Tratado de...Justiça”, p. 146 e 147. Ainda, sobre o tema, V. MITSILEGAS, S. CARRERA e K. EISELE, “The End of...”, p. 5 e 6.

¹³³ Sobre o tema, à luz do Tratado de Amesterdão mas já tendo em vista o Relatório do Grupo X da Convenção, N. PIÇARRA, “A Fiscalização do...”.

¹³⁴ Cfr. o documento, com as anotações feitas em 2007, em JO C 303, de 14.12.2007 (esse texto retoma, adaptando-a, a Carta proclamada em 7.12.2000 e substitui-a a partir da data de entrada em vigor do Tratado de Lisboa).

¹³⁵ Cfr., contudo, o Protocolo relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais. E ainda o *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, de 18 de Dezembro de 2014*, com a seguinte conclusão: “O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a

princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos EM.

O novo art. 12.º do TUE tem também importância no âmbito do ELSJ, na medida em que envolve os Parlamentos nacionais no controlo da subsidiariedade e da proporcionalidade e na medida em que lhes permite que participem, nesse âmbito, nos mecanismos de avaliação da execução das políticas da União, ao mesmo tempo que os associa ao controlo político da Europol e à avaliação das actividades da Eurojust (cfr. ainda mais especificamente, o art. 69.º do TFUE, a referir *infra*).

No que ao TFUE diz respeito, e com relevo no âmbito do ELSJ, é inserido um novo Título (Título I da Parte I) integrado pelos arts. 2.º a 6.º. O art. 4.º, no seu n.º 2, al. j), esclarece que o “espaço de liberdade, segurança e justiça” é domínio de *competência partilhada* entre a UE e os EM.

O Título IV do TCE, sobre “Vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas”, é substituído por um Título V (da Parte III) denominado “O espaço de liberdade, segurança e justiça”. Este Título V é integrado por quatro Capítulos, sendo o quarto dedicado à “Cooperação judiciária em matéria penal”.

O art. 67.º abre o Capítulo 1 do referido Título V, dispondo que a União “*constitui*”¹³⁶ um espaço de liberdade, segurança e justiça, no *respeito* dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”. Saúda-se “como positiva a explicitação dos valores que o impregnam”¹³⁷.

No mesmo art. 67.º, no seu n.º 3, o Tratado relaciona a realização de um elevado nível de segurança com a prevenção e a repressão da criminalidade e apresenta os três instrumentos (“três grandes linhas axiais”¹³⁸) para as efectivar: coordenação e cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes; reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal; aproximação das legislações penais, *se necessário*.

Relativamente às orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no ELSJ, que abrangem a programação da harmonização penal substantiva,

Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.

¹³⁶ Já não se trata apenas de “*facultar* aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça” (art. 29.º do TUE, versão de Nice).

¹³⁷ Assim N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 997.

¹³⁸ J. ALVES COSTA, “Constituição Europeia e...”, p. 737.

o art. 68.º dispõe que estas são definidas pelo Conselho Europeu: o Programa de Estocolmo constitui exemplo paradigmático¹³⁹.

O art. 69.º, cuja leitura deve ser feita em conjugação com o já referido art. 12.º do TUE, sublinha o reforço do papel dos Parlamentos nacionais, na medida em que especificamente prevê, no tocante às propostas e iniciativas legislativas apresentadas no âmbito dos Capítulos 4 e 5 (respectivamente dedicados à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial), que os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade, em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O sistema de “alerta precoce” (“*early warning system*”) previsto no Protocolo tem uma especialidade relativamente ao número de pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade necessários para desencadear um processo de reanálise da iniciativa legislativa, no caso das propostas relativas ao ELSJ – um quarto ao invés de um terço dos votos, nos termos do art. 7.º, n.º 2, do Protocolo¹⁴⁰.

De notória importância se reveste o art. 76.º, dispondo que os actos a que se referem os Capítulos 4 e 5 são adoptados sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um quarto dos EM. Ao prever-se a iniciativa por parte de um quarto dos EM (ao invés de apenas um, como até então) contorna-se uma vulnerabilidade que vinha sendo invocada, evitando-se servir os interesses de um só Estado que não correspondem a verdadeiras preocupações gerais. Afastam-se, pois, as iniciativas com objectivos puramente nacionais, salvaguardando-se o relevo do papel dos EM¹⁴¹.

O Capítulo 4 do Título em análise, dedicado concretamente à *cooperação judiciária em matéria penal*, inicia com o art. 82.º: nos termos do seu n.º 1, a cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e *inclui* a aproximação das

¹³⁹ Cfr. 2010/C 115/01.

¹⁴⁰ O Grupo X, pronunciando-se sobre o envolvimento dos PN no domínio do direito penal, afirmou claramente que “há que ter em conta as especificidades desta área, especialmente sensível em termos de direitos humanos e *no âmbito da subsidiariedade*” (destaque nosso). De referir a proposta, apresentada por alguns membros do Grupo, de desenvolvimento de um “mecanismo de alerta precoce” semelhante para os casos em que alguns parlamentos nacionais entendessem que determinada iniciativa colidi[ria] com as *características de base da respectiva política nacional de direito penal*” (destaque nosso); mecanismo que poderia ter as consequências semelhantes às do mecanismo da subsidiariedade, “mas que não poderia conduzir a controlo jurisdicional”. A ideia não teve contudo acolhimento no texto dos Tratados. Cfr. o Relatório do Grupo X, p. 22 e 23.

¹⁴¹ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 120 (a propósito do Tratado Constitucional). No mesmo sentido, o Relatório do Grupo X, p. 15.

disposições legislativas e regulamentares dos EM nos domínios definidos no seu n.º 2 (quanto direito processual) e no art. 83.º (quanto ao direito substantivo).

Segundo preceitua ainda o referido art. 82.º, n.º 1, o PE e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a: i) definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; ii) prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os EM; iii) apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça; iv) facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais ou outras equivalentes dos EM, no âmbito da investigação e do exercício da acção penal, bem como da execução de decisões.

No domínio do processo penal, prevê-se, no mencionado n.º 2 deste art. 82.º, que o PE e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer *regras mínimas*, mas apenas na medida em que tal seja *necessário* para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão *transfronteiriça*.

Essas regras mínimas, que têm em conta¹⁴² as *diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos* dos EM e cuja adopção não impede os Estados de manterem ou introduzirem um *nível mais elevado* de protecção das pessoas, incidem sobre: i) a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os EM; ii) os direitos individuais em processo penal; iii) os direitos das vítimas da criminalidade; iv) outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão (para adoptar essa decisão de ampliação, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do PE). De referir ainda que o Tratado de Amesterdão/Nice não era claro quanto à previsão de uma base jurídica em matéria processual penal (cfr. o art. 31.º, n.º 1, al. c), do TUE, nessa versão), cenário que ficou afastado¹⁴³.

¹⁴² S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 513, vê neste “*take into account*” uma diferença em relação ao “*respect*” do art. 67.º. Para o Autor, “*it is arguable that a requirement to ‘take into account’ would be more of a positive obligation than an obligation to ‘respect’, perhaps entailing an obligation to reflect those differences in the adopted legislation, rather than merely to refrain from damaging national legal systems in that legislation*”.

¹⁴³ Cfr. quanto a este ponto, A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 128. Ainda S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 512. No Relatório do Grupo X referia-se mesmo, a p. 11, que os peritos invocavam que a necessidade de aproximação de determinados aspectos do processo penal era talvez mais urgente do que a aproximação do direito penal substantivo, referindo que a versão do ex-art. 31.º do TUE “não traduz cabalmente este aspecto e é demasiado vaga quanto às possibilidades concretas de tal aproximação”.

No que se refere ao direito substantivo (art. 83.º, n.ºs 1 e 2), neste âmbito não basta que a criminalidade seja *transfronteiriça*, pois também se exige que seja *particularmente grave*. A expressão é todavia duvidosa: “criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça *que resulte* da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns” (cláusula geral).

Nos domínios identificados no art. 83.º, n.º 1, a norma prevê que o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário (co-decisão Parlamento/Conselho), pode estabelecer *regras mínimas* relativas à definição das infracções penais e das sanções.

O mesmo preceito elenca, também no seu n.º 1, os domínios da criminalidade em causa passíveis de harmonização: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada (os já designados “euro-crimes”¹⁴⁴). No entanto, e como refere STEVE PEERS, a verdade é que a quase totalidade dos domínios identificados já haviam sido, antes do Tratado de Lisboa, objecto de medidas de harmonização, ao abrigo de uma interpretação lata do art. 31.º, al. e), em conjugação com o art. 29.º¹⁴⁵.

Sem prejuízo do referido catálogo, o artigo prevê igualmente que o Conselho pode, deliberando por *unanimidade* e após aprovação do Parlamento, consoante a evolução da criminalidade, adoptar uma decisão que identifique *outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos*. Ou seja, o art. 83.º, n.º 1, prevê um alargamento do catálogo de crimes previstos na sua primeira parte, ainda que tal alargamento deva obedecer a regras especiais.

Todavia, o Tratado vai ainda mais longe (tal como havia ido já o Tratado Constitucional) no art. 83.º, n.º 2: sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos EM em matéria penal *se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização*, podem ser estabelecidas, por meio de directivas, regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções no domínio em causa. O procedimento de adopção dessas directivas é idêntico ao utilizado para a adopção das

¹⁴⁴ Nestes termos, designadamente, COM (2011) 573 final – 20.9.2011, p. 5.

¹⁴⁵ S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 518. O Autor excepciona o caso do tráfico de armas mas assinala que o mesmo está muitas vezes ligado à criminalidade organizada ou ao terrorismo.

medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do art. 76.º, ou seja, sem prejuízo da possibilidade de a iniciativa poder caber a um quarto dos EM. Trata-se da designada “competência anexa”.

Mais se refira que caiu, pelo menos formalmente, a proposta discutida pelo Grupo X de incluir um “terceiro critério” para a harmonização do direito penal substantivo especificamente no art. 83.º: a harmonização penal justificada pela necessidade de “gerar um clima de confiança mútua que possibilite a aplicação integral do reconhecimento mútuo das decisões judiciais ou que assegure a eficácia das ferramentas comuns de cooperação policial e judiciária criadas pela União”¹⁴⁶.

Em face do exposto, temos assim por assente que, tanto no domínio do direito processual como no domínio do direito penal substantivo, a aproximação legislativa se dá, em princípio, por meio do processo legislativo ordinário. Afasta-se, pois, a unanimidade do Conselho exigida pelo TUE (versão de Amesterdão/Nice) no domínio do ex-terceiro pilar. De reconhecer que o sistema da maioria qualificada permite a adopção de normas com um maior nível de protecção dos direitos fundamentais, na medida em que não se tratará de procurar um mínimo denominador comum. A maioria qualificada potencia, pelo menos teoricamente, soluções mais arrojadas do ponto de vista das garantias, ao mesmo tempo que permite legislações mais claras e transparentes, pondo termo às soluções dúbias a que por vezes se chega em virtude da tentativa de forçar o consenso¹⁴⁷.

A regra da unanimidade é no entanto salvaguardada em algumas situações, na medida em que se exige o consentimento de todos os EM para decisões de especial transcendência ou, nas palavras do Grupo X, “ligad[a]s a funções essenciais dos Estados-Membros e profundamente enraizad[a]s nas diferentes tradições jurídicas nacionais”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. Relatório, p. 10.

¹⁴⁷ Seguimos COMISSÃO DOS ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS DO PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre o Tratado de Lisboa* (2007/2286(INI)), p. 97; e A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 119. Também N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 980, refere um “alcance harmonizador das legislações dos Estados-Membros francamente reduzido, quando não meramente legitimador das legislações mais restritivas de alguns deles”, dando como “exemplo mais ilustrativo”, mas no âmbito do primeiro pilar do ELSJ, a directiva do reagrupamento familiar.

¹⁴⁸ Cfr. o Relatório do Grupo X, p. 14. Quanto à exigência de unanimidade, atente-se nos arts. 82.º, n.º 2, al. d) (unanimidade na identificação de outros elementos específicos do processo penal sujeitos a regras mínimas) e 83.º, n.º 1 (unanimidade na identificação de outros domínios de criminalidade que preencham os requisitos da cláusula geral). A unanimidade é também exigida para a criação da Procuradoria Europeia e para a extensão das suas atribuições – cfr. art. 86.º.

Acresce que tanto no domínio do direito substantivo, como no domínio do processo penal, o Tratado prevê a designada cláusula de travão (ou o designado travão de emergência) sempre que um EM considere que um dos referidos projectos de directiva prejudica *aspectos fundamental do seu sistema de justiça penal*. A cláusula de travão constava já do Tratado Constitucional, mas no Tratado de Lisboa procede-se a uma alteração dos procedimentos e da estrutura da cooperação reforçada admitida a final (cfr. arts. 82.º, n.º 3, e 83.º, n.º 3 do TFUE).

Trata-se, com esta cláusula de travão, de garantir o compromisso assumido no art. 67.º do TFUE de constituir o ELSJ no *respeito pelos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros*; constituindo, nas palavras de STEVE PEERS, um justo “*trade-off*” entre a abolição dos vetos nacionais e a retenção de certas garantias fundadas nas justificadas preocupações dos EM com a integridade da sua lei penal nacional¹⁴⁹. Note-se que o travão de emergência, no que se refere à harmonização penal substantiva, tem aplicação tanto nos casos do art. 83.º, n.º 1, como no caso do n.º 2.

De referir, finalmente, que o art. 84.º estatui que o PE e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer medidas para incentivar e apoiar a acção dos EM no domínio da *prevenção* da criminalidade, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares. Trata-se de uma novidade, já que embora o art. 29.º do TUE fizesse referência à prevenção da criminalidade, as bases jurídicas específicas dos arts. 30.º e 31.º não a previam¹⁵⁰.

Os arts. 85.º e 86.º referem-se à Eurojust e à Procuradoria Europeia¹⁵¹, sendo relevante notar, quanto a esta última, que o artigo 86.º, n.º 2, na sua versão portuguesa, prevê que “[a] Procuradoria Europeia é competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União *determinadas* no regulamento a que se refere o n.º 1”. Abordaremos adiante o problema

¹⁴⁹ S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 507, também assinalando que o novo Tratado alcança, no que à matéria penal concerne, “*a reasonable balance between enhancing the efficiency and legitimacy of EU decision-making and continuing to guarantee the essential interests of Member States*”.

¹⁵⁰ Sobre o preceito, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 84.º”.

¹⁵¹ Sobre ambas, com indicação de bibliografia, o nosso *Um Ministério Público...* No que se refere à Procuradoria Europeia, são de mencionar em nota de actualização, entre outros, os seguintes contributos: A. KLIP, “The Substantive Criminal...”; K. LIGETI e M. SIMONATO, “The European Public...”; M. LUCHTMAN e J. VERVAELE, “European Agencies for...”; R. SICURELLA, “Setting up a...”; J. A. E. VERVAELE, “The Material Scope...”; J. A. E. VERVAELE, “European Territoriality and...”. *Vd.* ainda as *Model Rules for the Procedure of the EPPO* (coordenação de K. Ligeti).

de saber se o artigo contempla a possibilidade de harmonização penal por via de regulamento.

É ainda de assinalar, a propósito do domínio PIF, o disposto no art. 325.º do TFUE, nos termos do qual “o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Tribunal de Contas, adoptarão as *medidas* necessárias nos domínios da prevenção e *combate* das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União”. Será igualmente questão a analisar a de saber se o art. 325.º do TFUE legitima a intervenção penal da UE fora dos condicionalismos e constrangimentos da norma do Tratado que especificamente disciplina a sua intervenção no âmbito penal, *maxime* fora do pressuposto da directiva e fora das possibilidades de accionamento do designado travão de emergência.

Já na vigência do Tratado de Lisboa, foram aprovados alguns instrumentos destinados à harmonização do direito penal substantivo. No entanto, em alguns casos, trata-se de uma “*lisbonisation*” dos instrumentos do antigo terceiro pilar¹⁵².

Quanto aos instrumentos aprovados, podemos destacar, com relevo no âmbito da harmonização do direito penal substantivo, as seguintes directivas: Directiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a DQ 2002/629/JAI do Conselho (base jurídica dupla: arts. 82.º, n.º 2, e 83.º, n.º 1); Directiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a DQ 2004/68/JAI do Conselho (base jurídica dupla: arts. 82.º, n.º 2, e 83.º, n.º 1); Directiva 2013/40/UE relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a DQ 2005/222/JAI do Conselho (base jurídica: art. 83.º, n.º 1); Directiva 2014/57/UE relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado) (base jurídica: art. 83.º, n.º 2); Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção e que substitui a DQ 2000/383/JAI do Conselho (base jurídica: art. 83.º, n.º 1).

Já no que concerne às propostas em análise e negociação no domínio da harmonização penal substantiva, destacamos a Proposta de Directiva relativa à luta

¹⁵² Expressão em V. MITSILEGAS, S. CARRERA e K. EISELE, “The End of...”. Cfr., para detalhes quanto a todas as directivas e propostas assinaladas neste ponto, Anexo I – F).

contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (base jurídica: art. 325.º, n.º 4, do TFUE). Outro exemplo de proposta com base jurídica diversa, mas já no domínio das directivas aprovadas, é a Directiva 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, fundada no art. 114.º do TFUE (mas note-se que o art. 1.º, n.º 1, da directiva, apenas prevê que “[o]s Estados-Membros devem assegurar a proibição do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo”¹⁵³).

Mais destacamos, no que concerne às propostas em análise e negociação no domínio da harmonização penal substantiva, a Proposta de Directiva que altera a DQ 2004/757/JAI do Conselho, no que respeita à definição de droga; e a relevantíssima Proposta de Directiva relativa à luta contra o terrorismo e que substitui a DQ 2002/475/JAI do Conselho relativa à luta contra o terrorismo¹⁵⁴.

Também no âmbito do processo penal, domínio a que foi dado grande impulso designadamente na perspectiva da “‘função escudo’ da lei penal”¹⁵⁵, foram aprovados instrumentos relevantes, destacando-se (base jurídica: art. 82.º, n.º 2): a Directiva 2010/64/UE relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal; a Directiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação em processo penal; a Directiva 2012/29/UE que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a DQ 2001/220/JAI do Conselho; a Directiva 2013/48/UE relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares; e a Directiva 2014/42/UE sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia (base jurídica dupla: o referido art. 82.º, n.º 2, e o art. 83.º, n.º 1); a Directiva (UE) 2016/343 relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal (base jurídica:

¹⁵³ Veja-se ainda o art. 55.º, n.º 2: “[s]em prejuízo do *direito de os Estados-Membros imporem sanções penais*, os [EM] devem assegurar que as autoridades competentes podem adoptar medidas administrativas adequadas e impor sanções administrativas caso as entidades obrigadas infringam as disposições nacionais adoptadas em execução da presente directiva, e devem assegurar que as mesmas são aplicadas. Essas sanções e medidas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas”.

¹⁵⁴ *Vd.* ainda, com relevo em matéria de terrorismo, a Directiva (UE) 2016/681, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, detecção, investigação e repressão das infracções terroristas e da criminalidade grave (base jurídica dupla: art. 82.º, n.º 1, al. d), e art. 87.º, n.º 2, al. a)).

¹⁵⁵ A. WEYEMBERGH, “The Functions of...”, p. 166.

art. 82.º, n.º 2, al. b)); a Directiva (UE) 2016/800 relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal (base jurídica: art. 82.º, n.º 2, al. b)); e a Directiva (UE) 2016/1919 relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandado de detenção europeu (base jurídica: art. 82.º, n.º 2, al. b)).

Relevantes são ainda as seguintes directivas (base jurídica: art. 82.º, n.º 1): a Directiva 2011/99/UE relativa à decisão europeia de protecção; e a Directiva 2014/41/UE relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal.

No que toca a propostas, podem destacar-se a Proposta de Regulamento que institui a Procuradoria Europeia e a Proposta de Regulamento que cria a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust) (bases jurídicas: arts. 86.º e 85.º, respectivamente)¹⁵⁶.

§

Na perspectiva do desenvolvimento da intervenção da União em matéria penal no quadro do Tratado de Lisboa, merece referência a Comunicação da Comissão sobre *o rumo a uma política da UE em matéria penal* apresentada em Setembro de 2011¹⁵⁷.

Tivemos a oportunidade de assinalar, quanto a este documento¹⁵⁸, que Comissão se refere às “políticas da UE que necessitam de recorrer ao direito penal a título de instrumento de execução adicional” e à opção “por sanções de direito penal quando se considere importante sublinhar uma desaprovação forte, a fim de garantir o efeito dissuasivo”. Mas nesse mesmo documento a Comissão também afirma a natureza de *ultima ratio* do direito penal (“o direito penal deve constituir sempre uma medida de último recurso”): como conjugar declarações de princípio tão aparentemente contraditórias?

Importantes são ainda outros dois documentos, que constituem, com este da Comissão de 2012, os documentos-chave que permitem compreender as orientações gerais das três instituições directamente responsáveis pelo exercício da competência penal da União. A saber: o Projecto sobre disposições-tipo destinadas a nortear as deliberações do Conselho no domínio penal (de 2009, aprovado um dia antes da entrada

¹⁵⁶ Quanto à Proposta relativa à Procuradoria Europeia, com ponto de situação a 31.1.2017, cfr. o documento do Conselho com a referência 5445/17.

¹⁵⁷ COM (2011) 573 final – 20.9.2011.

¹⁵⁸ No nosso “A ‘luta contra’...”, p. 70.

em vigor do Tratado de Lisboa) e a interessante Resolução do PE sobre uma abordagem da União ao direito penal (2012)¹⁵⁹.

§

Cumprе referir em conclusão, em termos do enquadramento evolutivo de que se deu conta, alguns dados importantes do período pós-Lisboa.

O Conselho Europeu de Dezembro de 2009 adoptou um novo programa plurianual para 2010-2014 nos termos do art. 68.º do TFUE. Trata-se do designado Programa de Estocolmo, que fornece um roteiro detalhado para o trabalho da UE no âmbito do ELSJ, ao qual se seguiu um Programa de acção da Comissão destinado a implementá-lo – dois documentos relevantes que contextualizam os progressos verificados neste domínio¹⁶⁰.

Em 11 de Março de 2014, uma vez que o Programa de Estocolmo e o respectivo Plano de acção estavam programados até 2014, a Comissão aprovou uma Comunicação que “define as prioridades políticas” no âmbito do ELSJ para o período posterior, destinadas designadamente a “contribuir para as orientações estratégicas a definir pelo Conselho Europeu”¹⁶¹. Na sua sequência, nas Conclusões de 26 e 27 de Junho de 2014¹⁶², o Conselho Europeu definiu as (algo vagas) orientações estratégicas da programação legislativa e operacional para os próximos anos no ELSJ, em conformidade com o art. 68.º do TFUE: a lógica é a de *continuidade e reforço*.

¹⁵⁹ *Projecto de conclusões do Conselho sobre disposições-tipo destinadas a nortear as deliberações do Conselho no domínio do direito penal* (16542/2/09 – 27.11.2009); *Resolução do PE sobre uma abordagem da UE ao direito penal*, 22.5.2012 (2010/2310 (INI)). Sobre os documentos, referindo certas “tensões”, A. WEYEMBERGH (with S. DE BIOLLEY), “Approximation of substantive...”, p. 22 e ss.

¹⁶⁰ *Conclusões do Conselho Europeu, 10 e 11 de Dezembro de 2009 e Programa de Estocolmo* (2010/C 115/01); COM/2010/171 final – 20.4.2010.

¹⁶¹ COM (2014) 144 final – 11.3.2014. Na mesma data, a Comissão aprovaria mais duas comunicações: COM (2014) 154 final, destacando-se os pontos 5.1. a 5.3., respectivamente sobre “[d]esmantelamento das redes internacionais de criminalidade”, “[p]revenir o terrorismo e responder à radicalização e ao recrutamento” e “[a]umentar os níveis de segurança para os cidadãos e as empresas no ciberespaço”; e COM (2014) 158 final, que refere que no âmbito do ELSJ “todos os Estados-Membros serão afectados se o princípio do Estado de direito não for plenamente respeitado num dado [EM]”.

¹⁶² *Conclusões do Conselho Europeu, 26 e 27 de Junho de 2014*.

2.º CAPÍTULO – COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DO TRATADO DE LISBOA

1. (Ainda) a questão da base jurídica: competência *versus* exercício

A doutrina que trabalha os temas em torno do art. 5.º do TUE procura promover o tratamento tripartido, *na medida do possível* autonomizado, da competência/base jurídica, da subsidiariedade e da proporcionalidade¹⁶³, metodologia que procuraremos adoptar dentro das possibilidades permitidas pela plasticidade dos conceitos. Com efeito, os problemas que derivam da interpretação e aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade devem ser discutidos, na medida do possível, a jusante daqueles relacionados com a temática da competência/base jurídica: quando a União encontra no Tratado uma base legal suficiente para actuar (e tem, assim, poder para actuar), ulteriores questões se suscitam a propósito de saber *se* deve actuar e, em caso afirmativo, *com que alcance*¹⁶⁴.

Todavia, sem prejuízo do exposto, as fronteiras não são estanques. Não só não são estanques no que se refere à articulação entre subsidiariedade e proporcionalidade (problema a referir *infra*), como são ainda difusas quando se discute a definição/delimitação de *competência* e o correspondente *exercício*¹⁶⁵.

A própria jurisprudência do TJ demonstra bem essa fluidez, já que vários dos Acórdãos que lidam com questões de subsidiariedade pronunciam-se igualmente sobre a questão da base jurídica, nem sempre de forma plenamente autónoma¹⁶⁶. Os pareceres dos Parlamentos nacionais manifestam também, como se procurará demonstrar na Parte II, 2.º Capítulo, a dificuldade em traçar fronteiras definitivas.

Ainda assim, e procurando como se referiu destrinçar as questões, afigura-se oportuno – previamente à discussão que se centrará sobre a subsidiariedade enquanto princípio regulador do exercício de competências atribuídas (Parte II) – considerar

¹⁶³ *Vd.*, por exemplo, K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 865.

¹⁶⁴ Assim, K. LENAERTS, *ibidem*.

¹⁶⁵ Como afirma P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 419, o princípio da subsidiariedade visa regular o exercício da competência, “*although, as will be seen, the issues of existence and exercise can interrelate*”.

¹⁶⁶ Por exemplo no âmbito do Ac. sobre os “tempos de trabalho” (AcTJ, 12.11.1996, *Reino Unido/Conselho* (C-84/94)), a referir com mais detalhe na Parte II, 3.º Capítulo, o recorrente invocou o problema da incorrecção da base jurídica, mas também a questão da subsidiariedade (em boa verdade, “combinou” confusamente as questões).

algumas questões relativas à delimitação da competência da União em matéria penal. Em especial, trata-se de procurar concretizar e densificar o âmbito das bases jurídicas que materializam tal competência *concorrente*.

No que à base jurídica concerne, para além do que dispõe o art. 5.º, n.º 2, do TUE (princípio da atribuição), o TJ refere, designadamente no seu Acórdão proferido no Processo C-45/86¹⁶⁷, que a referência explícita ao fundamento jurídico de um acto é indispensável quando, na falta dela, os interessados e o Tribunal são deixados na incerteza quanto ao fundamento jurídico preciso que foi considerado; e que a escolha desse fundamento jurídico deve assentar em elementos objectivos, susceptíveis de controlo jurisdicional¹⁶⁸.

Para KOEN LENAERTS, em termos que acompanhamos, a base jurídica determina um “*balance of powers*” entre a União e os EM em pelo menos três dimensões: um aspecto *substantivo*, a traduzir se o conteúdo do acto está compreendido no âmbito material das competências, ou seja, trata-se de saber se a União dispõe das competências que pretende exercer; um aspecto *institucional*, a determinar os termos do processo decisório a adoptar para a aprovação do acto; e, finalmente, um aspecto *instrumental*, na medida em que a base jurídica pode determinar o instrumento normativo a conformar o acto (por exemplo, a alternativa entre a directiva e o regulamento)¹⁶⁹.

Tomemos um exemplo concreto, relativamente recente e de interesse neste âmbito, ainda que num domínio tão-só afim, revelador da dinâmica *institucional* referida como subjacente à escolha da base jurídica.

O PE pedia ao Tribunal a anulação do Regulamento n.º 1286/2009, do Conselho, que altera o Regulamento n.º 881/2002, o qual, tendo sido adoptado na vigência dos Tratados anteriores, institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaida e aos talibã. A anulação era pedida com fundamento (principal) na incorrecção da base jurídica definida para a aprovação do regulamento alterador, manifestando o Parlamento o seu

¹⁶⁷ AcTJ, 26.3.1987, *Comissão/Conselho* (C-45/86).

¹⁶⁸ Trata-se de jurisprudência reiterada: *vd.* ainda o AcTJ, 8.9.2009, *Comissão/Parlamento e Conselho* (C-411/06), § 45 a 47.

¹⁶⁹ K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 865 e 866. Também G. DE BÚRCA e B. DE WITTE, “The Delimitation of...”, p. 205, referem que “[t]he question of the allocation of powers to the EU cannot be framed as a yes-or-no question, since on any operational understanding it is crucially linked to the forms or instruments that can be used for developing EU policies, and to the institutional and decision-making processes for the exercise of those powers”.

entendimento de que tal regulamento se baseava erradamente no art. 215.º do TFUE quando a base jurídica actualmente correcta seria a do art. 75.º do TFUE.

A motivação principal do PE era clara: ao sustentar a adopção de medidas restritivas que visam a luta contra o terrorismo na base jurídica do art. 75.º, ao invés de na base jurídica do art. 215.º do TFUE invocada pelo acto, o Parlamento pretendia o reconhecimento da sua intervenção efectiva na adopção de medidas dessa natureza. Com efeito, enquanto o art. 75.º do TFUE prevê o processo legislativo ordinário, que implica o voto por maioria qualificada no Conselho e a plena participação do Parlamento no processo, o art. 215.º, n.º 2, do TFUE, implica que o Parlamento seja tão-somente informado (a dinâmica *institucional*).

Pelo Acórdão de 19 de Julho de 2012¹⁷⁰, o TJ negou provimento ao recurso interposto pelo PE e reafirmou a validade da base jurídica do art. 215.º do TFUE para a adopção de *smart sanctions* de natureza financeira (congelamento de fundos e recursos), incluindo as destinadas a lutar contra o terrorismo. Considerou o Tribunal, designadamente, que “[e]mbora seja verdade que a escolha dos artigos 75.º TFUE e 215.º TFUE como base jurídica do regulamento recorrido tem consequências nas prerrogativas do Parlamento, na medida em que o artigo 75.º TFUE prevê o recurso ao processo legislativo ordinário, ao passo que, nos termos do artigo 215.º TFUE, o Parlamento apenas é informado, essa circunstância não pode, no entanto, determinar a escolha da base jurídica”. E isto porque “não são os processos legislativos que definem a base jurídica de um acto, mas a base jurídica de um acto que determina os processos a seguir para adotar esse acto” (§ 79 e 80)¹⁷¹.

Assim, a escolha da base jurídica não constitui escolha *indiferente*. Não foi por acaso que a discussão sobre as bases jurídicas da competência penal da Comunidade/União fez correr tanta tinta na vigência de Amesterdão e Nice: a base jurídica determina a existência e o alcance dos poderes *comunitários*, sendo mais um

¹⁷⁰ AcTJ, 19.7.2012, *Parlamento/Conselho* (C-130/10) – *vd.* em especial § 42 e ss., para uma abordagem global da jurisprudência do TJ em matéria de critérios relacionados com a definição da base jurídica. Maior desenvolvimento no nosso “As sanções (ou...)”, p. 208 e ss.

¹⁷¹ K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 868 e ss., dá-nos todavia nota de um interessante caso em que o Tribunal, considerando a possibilidade de uma medida ser adoptada com duas bases jurídicas, entendeu que se deveria optar por apenas uma, por serem incompatíveis quanto aos procedimentos; e decidiu pela validade daquela que potenciava o papel do PE na medida do “‘*fundamental democratic principle*’ of *parliamentary representation*” – *cfr.* AcTJ, 11.6.1991, *Comissão/Conselho* (C-300/89) (Ac. “Dióxido de Titânio”).

“*justiciable issue*”¹⁷². Os casos *Ambiente*, bem como a doutrina que sobre eles se pronunciou, demonstram à saciedade a relevância do tema.

Mais recentemente, também o Acórdão que determinou a anulação da Directiva 2011/82/UE, que visa facilitar o intercâmbio transfronteiriço de informações sobre infracções às regras de trânsito relacionadas com a segurança rodoviária¹⁷³, é expressivo da importância da discussão. Nesse caso (cfr. *infra*), o TJ anulou a directiva com fundamento na incorrecção da base jurídica, considerando que a mesma deveria ser reconduzida à *política comum dos transportes* e não à *cooperação policial no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça*.

Enquadrado o problema, analisam-se as persistentes “questões de competência” em torno, designadamente, do art. 83.º do TFUE. Com efeito, embora a evolução da competência da União em matéria penal abordada no 1.º Capítulo demonstre que o Tratado de Lisboa veio resolver alguns problemas anteriormente controversos, simplificando em certa medida o reconhecimento e definição dessa competência, subsistem temas cuja discussão se afigura pertinente¹⁷⁴.

2. O estatuto da harmonização penal: autonomia ou natureza auxiliar?

Desde os primórdios do estabelecimento de uma base jurídica para a harmonização do direito penal substantivo que se vem discutindo o estatuto dessa harmonização, mais concretamente a questão de saber se esta é autónoma relativamente ao desiderato da “cooperação judiciária em matéria penal”. NUNO PIÇARRA, por referência ao Tratado de Amesterdão, referia que “pode *prima facie* duvidar-se de que a aproximação das legislações penais e processuais penais dos Estados-Membros constitua uma componente verdadeiramente autónoma do ELSJ, uma vez que as disposições que lhe são expressamente dedicadas constam do Título VI do TUE cuja

¹⁷² K. LENAERTS, *ibidem*.

¹⁷³ AcTJ, 6.5.2014, *Comissão/Parlamento e Conselho* (C-43/12).

¹⁷⁴ De entre as obras monográficas sobre a competência penal da União no pós-Tratado de Lisboa, desenvolvendo o sentido e alcance das bases jurídicas que a conformam, destacam-se designadamente: S. PEERS, *EU Justice and...*, em especial p. 754 e ss.; P. ASP, *The Substantive Criminal...*; H. SATZGER, *International and European...*, em especial p. 43 e ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, em especial p. 53 e ss.; A. KLIP, *European Criminal Law...*, em especial p. 159 e ss.; E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension...*; R. SICURELLA, “EU Competence in...”. Outras monografias e artigos relevantes serão referidos ao longo do texto.

epígrafe é, como se sabe, ‘Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal’”¹⁷⁵.

Recorrendo às noções desenvolvidas por ANNE WEYEMBERGH¹⁷⁶, podemos distinguir as funções “auxiliares” e “autónomas” da harmonização. As primeiras de natureza instrumental: “as funções auxiliares da harmonização do direito penal dizem respeito ao seu papel de apoio a outros aspectos cobertos pela construção de um espaço penal europeu”. Nesta perspectiva, pensa-se na harmonização enquanto instrumento ao serviço do progresso da cooperação judiciária em matéria penal, incluindo o reconhecimento mútuo¹⁷⁷, podendo ainda estar em causa uma função associada/funcionalizada ao estabelecimento de actores da justiça penal¹⁷⁸; a que acresce actualmente a função da harmonização enquanto condição para a execução eficaz de políticas da União – art. 83.º, n.º 2.

Diferentemente, na perspectiva da função (ou funções) autónoma(s), “as funções autónomas da harmonização são aquelas independentes das outras duas dimensões do espaço penal europeu”. Está em causa, na perspectiva do direito penal substantivo¹⁷⁹, a “luta contra o crime” ou, *mais adequadamente*, a protecção de bens jurídicos lesados ou postos em perigo pelo crime (cfr., sobre o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídicos, Parte III).

Na vigência do Tratado de Maastricht, a harmonização nem sequer figurava na lista das matérias de interesse comum enumeradas no art. K.1 do TUE¹⁸⁰. O art. K.3 do TUE dispunha que as acções comuns poderiam ser adoptadas nos domínios a que se referia o art. K.1, ou seja, desde logo, no domínio da “cooperação judiciária em matéria penal”, traduzindo essa forte correlação. Estava essencialmente em causa o problema da regra da “dupla incriminação”, considerando-se necessária a aprovação de alguns actos

¹⁷⁵ N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 325.

¹⁷⁶ A. WEYEMBERGH, “The Functions of...”, p. 155 e 163. Para maior desenvolvimento, cfr., da Autora, *L’harmonisation des législations...*; e no quadro mais recente do Tratado de Lisboa, “Approximation of substantive...”, p. 20 e ss.

¹⁷⁷ “According to its first auxiliary function, approximation is a condition for smooth judicial cooperation” – A. WEYEMBERGH, “The Functions of...”, p. 156. Criticamente, M. MUNÔZ MORALES, *El legislador penal...*, p. 326 e 327, referindo que tal funcionalidade é criticável já que assim se estabelece uma evidente relação de servidão do direito penal material relativamente ao direito processual, quando na realidade deveria ocorrer o contrário; mais refere, a este respeito, que os agentes políticos dirigem a ciência do Direito penal a demandas fundamentalmente práticas.

¹⁷⁸ “According to its second auxiliary function, approximation of penal law is a condition for the smoothing functioning of European actors in the criminal field, such as Europol, Eurojust, the European judicial network, and the joint investigative teams” – A. WEYEMBERGH, “The Functions of...”, p. 162.

¹⁷⁹ Sobre a harmonização do direito processual penal e a função relacionada com o desenvolvimento da “*pôle 'bouclier'*” do ELSJ, especialmente traduzida no desenvolvimento das garantias processuais, A. WEYEMBERGH, *L’harmonisation des législations...*, p. 182 e ss.

¹⁸⁰ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 75.

combinados, estabelecendo regras de harmonização e de cooperação judiciária, destinando-se as primeiras a facilitar a referida cooperação por via da diminuição do risco de não cumprimento do critério da dupla incriminação¹⁸¹.

É verdade que na vigência do Tratado de Maastricht algumas iniciativas harmonizadoras (acções comuns) aproveitaram o fundamento de outras questões de “interesse comum”, *maxime* da “luta contra a toxicomania” e da “luta contra a fraude de dimensão internacional”. Para STEVE PEERS, trata-se de manifestações de uma “competência para harmonizar o direito penal nestas áreas independentemente da cooperação judiciária”¹⁸². Mas isto, em nossa opinião, sem que estivesse em causa uma verdadeira, própria e autónoma competência harmonizadora ao nível da União. Pense-se no instrumento consagrado para promover essa harmonização: a (mera) acção comum, de efeito vinculativo duvidoso.

O Tratado de Amesterdão, por sua vez, enquadrava a matéria da harmonização no Título especificamente dedicado à referida “cooperação judiciária em matéria penal”, declarando, no art. 29.º do TUE, o objectivo de “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num *espaço de liberdade, segurança e justiça*, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da *cooperação policial e judiciária em matéria penal*”.

O art. 31.º do TUE, cuja al. e) previa a possibilidade de adoptar gradualmente medidas que previssem regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e das sanções, dispunha expressamente no seu primeiro parágrafo que essa possibilidade estava enquadrada no âmbito dos objectivos da “acção em comum no domínio da *cooperação judiciária em matéria penal*”. Para PEDRO CAEIRO, em face desse preceito do TUE de Amesterdão e na sua vigência, “a aproximação das incriminações e o estabelecimento de penas mínimas comuns (a chamada ‘harmonização’) só podem ser objectivos *instrumentais* da acção em comum no domínio da cooperação *judiciária*”¹⁸³.

Seria de esperar que o Tratado de Lisboa, na senda da alteração de paradigma que promoveu, designadamente quanto à clarificação da competência penal da União, alterasse claramente esse estado de coisas. Tal não sucedeu, pelo menos aparentemente,

¹⁸¹ Assim S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 755.

¹⁸² S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 755.

¹⁸³ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 122.

já que o Capítulo 4, onde sistematicamente se inserem os arts. 82.º e 83.º do TFUE, tem precisamente a epígrafe “Cooperação judiciária em matéria penal”.

O art. 82.º, n.º 1, do TFUE, é expressivo quanto a correlacionar directamente a *harmonização* e a *cooperação judiciária em matéria penal*, já que dispõe que a “cooperação judiciária em matéria penal na União *assenta* no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e *inclui* a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o n.º 2 [direito processual penal] e o artigo 83.º [direito penal substantivo]”. Ou seja, do ponto de vista textual, o artigo enquadra as possibilidades de harmonização *dentro*, no âmago, da cooperação judiciária em matéria penal¹⁸⁴. Assim, a referida correlação não se verifica apenas pela epígrafe do Capítulo, porventura mais fácil de desconsiderar, mas também pelo teor do seu preceito inaugural.

A referida directa correlação é posta em evidência de forma particular no domínio da harmonização processual penal, já que o art. 82.º, n.º 2, do TFUE, prevê que as regras mínimas em matéria processual penal podem ser estabelecidas “[n]a medida em que tal seja *necessário* para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça” – uma função, portanto, “auxiliar”^{185 186}.

Já no que se refere à harmonização do direito penal substantivo, o art. 83.º, n.º 1, do TFUE, e contrariamente ao que dispunha o predecessor art. 31.º do TUE, não faz qualquer menção às finalidades da “cooperação judiciária em matéria penal” subjacentes à harmonização legitimada pelo preceito. Mas é porventura difícil sustentar solidamente uma leitura deste art. 83.º, n.º 1, que em absoluto desconsidere a epígrafe do Capítulo 4 e o teor do art. 82.º, n.º 1. O que não significa, como já veremos, que não possa tentar ultrapassar-se, por via interpretativa, aqueles obstáculos textuais.

Por outro lado, é interessante notar que as soluções vertidas no TFUE foram fortemente influenciadas pelas propostas do Tratado Constitucional, por sua vez condicionadas pelo Relatório do Grupo X. Nesse Relatório, a correlação a que nos

¹⁸⁴ No mesmo sentido, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 82.º”, p. 429.

¹⁸⁵ Isto em três domínios previstos na norma (extensíveis por decisão unânime no Conselho): admissibilidade mútua dos meios de prova entre os EM; direitos individuais em processo penal; direito das vítimas da criminalidade.

¹⁸⁶ Aliás, já naquela que era reconhecida como a base jurídica para as iniciativas de harmonização do direito processual penal na vigência de Amesterdão – a al. c) do art. 31.º do TUE – se referia o objectivo de “[a]ssegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do *necessário* para melhorar a referida cooperação”. Cfr., para maior desenvolvimento, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 82.º”.

referimos é fortemente evidenciada¹⁸⁷. Não se estranharão, portanto, e sem prejuízo das críticas legítimas que lhe possam ser dirigidas, as soluções algo nebulosas vertidas no Tratado de Lisboa quanto a este ponto.

A propósito das referidas críticas, atentem-se nas palavras de NUNO PIÇARRA, ao afirmar afigurar-se “altamente criticável persistir em não tratar o tema da aproximação/harmonização dos direitos penais dos Estados-Membros numa secção autónoma do Capítulo IV, continuando a incluí-lo e a dissolvê-lo na secção 4, dedicada à cooperação judiciária em matéria penal”, já que a harmonização também “desempenha uma função autónoma e não auxiliar do princípio do reconhecimento mútuo”¹⁸⁸.

Com efeito, e no sentido apontado, é incongruente a solução aparentemente adoptada. Por um lado, o Tratado de Lisboa traz consigo a clarificação da competência penal da União, designadamente admitindo a harmonização das disposições penais nacionais relativamente a um vasto conjunto de domínios de criminalidade. Isto através do assentamento de uma base jurídica inequívoca, que inclusivamente contempla duas vias de alargamento consideráveis: a decisão de alargamento do catálogo do art. 83.º, n.º 1, e a possibilidade de criação de um “direito penal apêndice”¹⁸⁹ prevista no art. 83.º, n.º 2. Em sentido contraditório, a aparente insistência do Tratado em consagrar essa possibilidade de harmonização *dentro*, ou no âmago, da “cooperação judiciária em matéria penal”.

Perspectivando o Tratado de Lisboa e o paradigma actualmente vigente, podemos constatar um certo apego à ideia de subordinação da harmonização aos objectivos da cooperação judiciária em matéria penal, expresso nas escolhas sistemáticas e textuais do Tratado a que já fizemos referência. Todavia, o certo é que, cotejando os termos do art. 83.º, n.º 1, do TFUE, enquanto base jurídica da harmonização do direito penal substantivo, designadamente as possibilidades nele abertas no tocante à simplificação do processo decisório e ao amplo leque de *áreas de*

¹⁸⁷ Cfr. o Relatório do Grupo X, p. 8. O Relatório começa por apontar, na senda de Tampere, que “o princípio do reconhecimento mútuo deve constituir a pedra angular da cooperação judiciária”, princípio a ser “formalmente consagrado no Tratado”. Ora, o Grupo “admite que, *a fim de facilitar* o reconhecimento mútuo, se poderá afigurar necessário um certo grau de aproximação de determinados aspectos do processo penal e de *alguns específicos domínios do direito penal substantivo*”. Segundo consta do Relatório, “alguns membros salientaram a relação existente entre a consagração do princípio do reconhecimento mútuo no Tratado e a promoção da adopção de textos legislativos sobre a aproximação do *direito penal substantivo* e processual” (destaques nossos).

¹⁸⁸ N. PIÇARRA, “O espaço de...aprofundamento”, p. 996 e 997.

¹⁸⁹ D. FLORE *apud* A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 147.

crime susceptíveis de aproximação, o preceito claramente reconhece um papel central – a nosso ver, autónomo – à harmonização legislativa em matéria penal.

Assim, os limites às iniciativas de harmonização do direito penal substantivo devem ser considerados tendo em conta as condições impostas pelo referido art. 83.º, n.º 1, em especial quanto à *qualificação* da criminalidade em causa, e ainda à luz dos constrangimentos impostos pela observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Todavia, parece-nos que tal harmonização não terá necessariamente de obedecer ao pressuposto da *facilitação* da cooperação judiciária em matéria penal¹⁹⁰.

Com efeito, inclinamo-nos a perspectivar a epígrafe escolhida para o Capítulo 4 enquanto resultado dos compromissos políticos que sempre presidem à elaboração dos Tratados – e que tantas vezes originam escolhas menos felizes do ponto de vista da racionalidade e coerência –, numa certa lógica de continuidade relativamente aos textos anteriores. Continuidade, é bem de ver, não tanto relativamente ao conjunto das opções de fundo – pense-se não apenas nas potencialidades da harmonização, mas também na criação de uma base jurídica para a prevenção da criminalidade e ainda para a instituição da ambiciosa Procuradoria Europeia –, mas à lógica sistemática que distinguiu desde sempre, dentro do ELSJ, a *cooperação judiciária em matéria penal*.

Aliás, não é só a harmonização que não encaixa na epígrafe do Capítulo 4. Também o art. 84.º do TFUE, norma habilitante das medidas destinadas à prevenção da criminalidade, surge inserido sistematicamente neste Capítulo sem que possa sustentar-se que a prevenção vise potenciar a cooperação judiciária em matéria penal; quanto muito, a ter sucesso como se pretende, a prevenção até dispensa os esforços de cooperação judiciária em matéria penal.

Já relativamente ao teor do art. 82.º, n.º 1, do TFUE, podemos perspectivá-lo em termos próximos aos defendidos por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, na vigência de Amesterdão: há que assinalar a potencial relevância do papel *auxiliar* da harmonização em relação ao reconhecimento mútuo, mas não fechar por aqui a discussão. Com efeito, a Autora, na vigência de Amesterdão, numa interpretação apegada à *ratio* da evolução verificada, e embora ressaltando a “relevância do papel *auxiliar* da harmonização em relação ao(s) avanços do) reconhecimento mútuo”, assinalava a “existência do espaço

¹⁹⁰ Também neste sentido, os Autores do *Manifesto on European Criminal Policy* – cfr. M. MORALES ROMERO, “Conference Proceedings: Workshop...”, p. 82. E ainda A. WEYEMBERGH, “Approximation of substantive...”, p. 20: “Article 83, para 1., does not explicitly consider approximation of substantive criminal law as being only an auxiliary of cooperation and mutual recognition or as an element fostering and strengthening mutual trust”; “[i]t leaves room for its so-called ‘autonomous functions’”.

penal europeu, a que Amesterdão (e os desenvolvimentos posteriores à assinatura do Tratado) quis(eram) dar consistência, fazendo da harmonização, das infracções e das sanções, um fim autónomo da construção europeia”¹⁹¹.

Também no actual quadro do Tratado Lisboa, não é necessariamente falso – tal como declara o referido art. 82.º, n.º 1, do TFUE – que a cooperação judiciária em matéria penal *assente* no princípio do reconhecimento mútuo e *inclua* a aproximação legislativa. Com efeito, a harmonização pode constituir um instrumento útil tendente ao bom desenvolvimento da cooperação judiciária em matéria penal¹⁹². Mas isto não quer dizer que a harmonização, pelo menos a que releva no âmbito do direito penal substantivo, não tenha uma função independente daquela cooperação, desde logo nos termos amplamente reconhecidos pelo art. 83.º do TFUE.

Por outro lado, podemos contrapor àquele art. 82.º, n.º 1, do TFUE, o teor do art. 67.º do TFUE, preceito que, enquanto disposição geral, estatui que o *combate contra a criminalidade* é alcançado “através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciais e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, *através da aproximação das legislações penais*”. A harmonização surge, pois, “ao lado”¹⁹³, isto é autonomizada, da cooperação judiciária em matéria penal. Subordinada, isso sim, ao requisito da *necessidade*, expressão de uma linguagem de subsidiariedade tão cara a este domínio.

¹⁹¹ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 74. No entanto, a Autora reconhecia então, p. 111 e 112, na vigência de Amesterdão, que “as coisas [não] ficaram totalmente claras” quanto ao âmbito e conteúdo da harmonização, já que esta “não deixou de aparecer ainda ligada à melhoria da cooperação entre os Estados-Membros”. Denotava subsistir “alguma ‘resistência’, da parte de alguns Estados-Membros, em concluir aquele ‘corte’ (com a realização de outras finalidades) e em lhe reconhecer o estatuto de autonomia”. E mais assinalava o facto de se ensaiarem “instrumentos ‘mistos’, isto é, que contêm algumas disposições que procuram a harmonização das legislações e outras relativas aos diversos mecanismos de cooperação”. Na vigência do Tratado de Lisboa, a Autora assinala, em anotação ao art. 83.º, a circunstância de nele não se verificar, em comparação com o art. 82.º, “qualquer referência à relação da aproximação com o princípio do reconhecimento mútuo” – cfr. a Autora, “Artigo 83.º”, p. 435.

¹⁹² A. WEYEMBERGH, “The Functions of...”, p. 156, no quadro de Amesterdão, ao referir-se à primeira função auxiliar da aproximação enquanto “*condition for smooth judicial cooperation*”, reconhece precisamente que a aproximação é necessária para a realização, e mesmo a legitimação, da confiança mútua. E mais refere: “[t]his is true in spite of a certain trend at the present time that tends to deny or reduce approximation’s role since the process of mutual recognition was launched”. Relativamente a este último sentido, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 126, assinala todavia que o reconhecimento mútuo é precisamente atractivo para os EM que resistem à harmonização ou unificação da lei penal ao nível da União: “*mutual recognition is thought to enhance inter-state cooperation in criminal matters without Member States having to change their national laws to comply with EU harmonisation requirements*”.

¹⁹³ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 74.

Parecendo-nos assente a característica de autonomia da harmonização prevista no art. 83.º, n.º 1, surge o problema da *função* da harmonização prevista no art. 83.º, n.º 2, preceito que contempla a designada competência anexa.

Como refere VALSAMIS MITSILEGAS¹⁹⁴, ao invés de assumir o estatuto de uma “*self-standing Union policy*”, o direito penal é aqui entendido como um “*mean to an end*”, sendo esse fim o da implementação eficaz de outras políticas da União. Com efeito, relativamente a esta modalidade da harmonização do direito penal substantivo, encontram-se referências na doutrina que a caracterizam como “direito penal apêndice”¹⁹⁵ ou “competência anexa”¹⁹⁶; ou que precisamente destacam as “*auxiliary/ancillary functions of approximation but vis-à-vis EU policies*”¹⁹⁷.

Assim, e no que respeita à harmonização enquanto ferramenta que assegura a execução eficaz de políticas da União, é certo que a sua função não se apresenta necessariamente como auxiliar da cooperação judiciária em matéria penal nos termos já analisados. No entanto, a harmonização que releva desta norma surge com uma nova função auxiliar: uma função instrumental ao efectivo prosseguimento (*enforcement*) das políticas da União.

3. Densificando a competência harmonizadora do direito penal substantivo: os vários níveis do artigo 83.º do TFUE

3.1. O artigo 83.º, n.º 1, § 1 e § 2

Se é verdade que o Tratado de Lisboa traz consigo a clarificação da competência da União para intervir em matéria penal, designadamente através do assentamento de uma base jurídica inequívoca, não é menos verdade que o teor do art. 83.º do TFUE necessita de alguma concretização.

Em síntese, resulta do art. 83.º, n.º 1, do TFUE, que: a) as regras hão-de respeitar a domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que

¹⁹⁴ V. MITSILEGAS, “From Overcriminalisation to...”, p. 420.

¹⁹⁵ D. FLORE *apud* A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 147.

¹⁹⁶ Esta expressão é muito frequente na doutrina. *Vd.* designadamente, J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, p. 60; P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 18; H. SATZGER, *International and European...*, p. 72. Referindo uma lógica associada ao “chamado princípio do ‘spill-over’”, M. F. PALMA, “O princípio do...”, p. 17.

¹⁹⁷ A. WEYEMBERGH, “Approximation of substantive...”, p. 21.

resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns (por referência ao elenco taxativo do § 2, ainda que extensível por via de decisão unânime do Conselho); b) as regras são relativas à definição das infracções penais e das sanções; c) a competência é exercida por meio de directivas; d) a União tem apenas competência para estabelecer regras mínimas; e) o Conselho pode adoptar, por unanimidade, uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que respeitem os critérios-chave definidos na norma; f) a competência é exercida de acordo com o processo legislativo ordinário¹⁹⁸.

Já discutimos o problema, pertinente na vigência de Amesterdão, de saber se a harmonização do direito penal substantivo se deveria cingir aos estritos domínios do art. 31.º, al. e), do TUE, ou antes compreender o mais vasto leque previsto no art. 29.º do TUE. Sem prejuízo da interpretação que se sufragasse na vigência de Amesterdão, tal ambiguidade foi resolvida pelo art. 83.º, n.º 1, § 2, do TFUE, preceito que elenca dez específicos domínios de criminalidade (“[s]ão os seguintes os domínios da criminalidade em causa”).

Como defende STEVE PEERS, se esta lista não fosse agora exaustiva, não existiria qualquer justificação para a possibilidade de alargamento prevista no § 3 do mesmo preceito, alargamento a promover “consoante a evolução da criminalidade” por deliberação unânime no Conselho após aprovação do PE. Esse carácter aparentemente restritivo do § 2 pode ser considerado um *quid pro quo* do alargamento da votação por maioria qualificada a este domínio¹⁹⁹.

Embora seja de aceitar o carácter em princípio exaustivo desse catálogo, limitador da harmonização que pode ser promovida pelo processo de co-decisão envolvendo a votação por maioria qualificada no Conselho, é difícil identificar tal catálogo como estando hermeticamente fechado. E isto desde logo pela referência à *criminalidade organizada*, cuja indeterminação é forçoso reconhecer²⁰⁰.

¹⁹⁸ Seguimos, com adaptações, a sistematização de P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 79.

¹⁹⁹ Assim, S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 762. Sobre a questão da exaustividade da lista, e igualmente no sentido apontado, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 81 e ss; no mesmo sentido, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 82.º”, p. 432.

²⁰⁰ Neste sentido, A. SILVA DIAS, “De que direito...”, p. 318. Para V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 59, a definição do conceito é “*vague and amorphous*”; já A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 83.º”, p. 436, refere um “conceito aberto e impreciso”. *Vd.* ainda P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 123, em nota: “[c]remos que se justifica aplicar um conceito de índole criminológica (...), que legitimará a intervenção da União, nos termos desta norma, quando os fenómenos criminais em causa sejam tipicamente cometidos de forma organizada (v.g., o branqueamento de capitais (...))”.

Uma outra questão importante neste âmbito, relativamente à interpretação do art. 83.º, diz respeito à relação entre a *cláusula geral* e a *lista*: o art. dispõe no § 1, como critério aparentemente inultrapassável, que os domínios da criminalidade a harmonizar se devem integrar na noção de “criminalidade particularmente grave [e] com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”. Ou seja, embora o § 2 fixe uma lista de áreas de crimes a harmonizar, parece-nos ser sempre necessário que os domínios em causa passem o crivo definido no § 1.

Em face do exposto, será decisiva para a questão da competência tanto a genérica definição, como a lista de crimes ou de domínios de criminalidade. Assim, a União terá competência para harmonizar na dupla condição de (i) estar o “domínio de criminalidade” compreendido na lista e (ii) estar em causa criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça²⁰¹.

Sem prejuízo do exposto, a lista do § 2 traz duas dificuldades acrescidas. Por um lado, os domínios ali em causa podem nem sempre traduzir crimes “particularmente graves”. Exemplificando, dentro da noção *contrafacção de meios de pagamento* incluem-se condutas dificilmente enquadráveis numa categorização de criminalidade particularmente grave, o mesmo se podendo verificar no contexto da *criminalidade informática*. Por outro lado, a criminalidade ali enunciada nem sempre tem, ou não tem necessariamente, uma verdadeira “dimensão transfronteiriça” no sentido mais frequente ligado à sua específica “natureza” ou “impacto”. Exemplificando, enquanto o *tráfico de seres humanos* tem em regra uma dimensão transfronteiriça pela sua “natureza”²⁰², o *branqueamento de capitais* ou a *exploração sexual de crianças* não a têm necessariamente²⁰³; enquanto o *crime ambiental* tem um reconhecido efeito de “*inter-State spillover*”²⁰⁴ que tem a ver precisamente com a questão do “impacto”, a *corrupção*, por exemplo, nem sempre o terá.

Quanto ao primeiro ponto, relativo à exigência de que se trata de “criminalidade particularmente grave”, é importante notar que as palavras não são usadas por acaso.

²⁰¹ Assim, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 81. Já o havíamos defendido no nosso *Um Ministério Público...*, p. 167: “(...) não é clara a articulação entre aquele elenco e a cláusula geral; parece-nos que a referida cláusula constituirá a premissa geral, cuja leitura será sempre necessária para precisar se determinado fenómeno criminal – mesmo se compreendido nos domínios especificados – ali se inclui”.

²⁰² P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 120, refere, tendo em vista o art. 29.º do TUE, a existência de “crimes que são intrínseca ou naturalmente transnacionais (o tráfico de pessoas, de estupefacientes e de armas), aos quais se pode somar a fenomenologia recente do terrorismo internacional”.

²⁰³ Cfr. P. CAEIRO, *ibidem*.

²⁰⁴ K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 880.

Uma pesquisa no texto dos Tratados permite concluir que o art. 83.º, n.º 1, § 1, é o único preceito dos Tratados que, referindo-se a *criminalidade*, a adjectiva como *particularmente grave*. Atente-se, para efeitos da referida comparação, nos arts. 3.º, n.º 2, do TUE, e nos arts. 67.º, n.º 3, 82.º, n.º 2, al. c), 84.º, 85.º, n.º 1, 86.º, n.º 4, 87.º, n.º 2, al. c), 88.º, n.º 1, todos do TFUE.

Quanto ao segundo ponto, para além das dificuldades já referidas quanto à *natureza* e ao *impacto transnacional*, é de referir que a norma foi redigida de forma assumidamente aberta, já que parece pressupor que o carácter “transfronteiriço” do crime, para efeitos de aplicação do preceito, pode relacionar-se simplesmente com a *especial necessidade de combater a criminalidade em causa assente em bases comuns*.

Nos termos do preceito, parece que bastará apelar para a fragmentariedade do espaço penal europeu e para as descontinuidades e divergências da acção repressiva dos EM para justificar o cumprimento do requisito – isto, claro, na perspectiva da *norma de competência*. Ora, estando o preceito redigido de forma tão ampla na perspectiva da definição da competência, acrescidas questões podem suscitar-se na óptica da limitação do seu *exercício* (subsidiariedade e proporcionalidade – *vd.* Partes II e III).

Mas mesmo do ponto de vista estrito da competência, encontram-se partidários de uma leitura restritiva desse “terceiro nível de transnacionalidade”: PETTER ASP, por exemplo, considera que este terceiro critério não pode ser visto como isolável dos restantes, defendendo que o facto de existir uma ambição ou vontade política de combater certos crimes numa base comum não deve ser considerado suficiente²⁰⁵; defende-o na esteira do Acórdão do TC Alemão sobre o Tratado de Lisboa.

Com efeito, o TC Alemão²⁰⁶, embora considerando que a luta contra a criminalidade grave e transnacional que aproveita as vantagens das limitações dos Estados no que concerne à prossecução penal, “pode ser uma justificação para a transferência de poderes soberanos também neste contexto”, defende uma interpretação restritiva deste “terceiro nível de transnacionalidade”. Para o Tribunal, tal terceiro e vago critério nunca poderá desvincular-se do critério da “natureza” ou “impacto”, pelo que essa especial necessidade não existe logo que as instituições tenham formado a correspondente vontade política. Aliás, na opinião do Tribunal, nem sequer resulta claro o que possa significar a *especial necessidade de combater a criminalidade em causa assente em bases comuns* se não da sua *natureza* e *impacto*.

²⁰⁵ P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 87.

²⁰⁶ Cfr. o Ac., já referido, p. 64, § 359 (tradução nossa).

Mais nos parece relevante sublinhar, de uma outra perspectiva, que o catálogo de “áreas de crime”²⁰⁷ do art. 83.º, n.º 1, § 2, do TFUE, não apresenta uma novidade assinalável. Aqueles domínios estavam de certa forma já consolidados na lógica da evolução verificada.

Com efeito, o *terrorismo* estava contemplado nos arts. 29.º e 31.º, al. e), do TUE; o *tráfico de seres humanos* estava contemplado no art. 29.º do TUE e foi sublinhado em Tampere; a *exploração sexual de mulheres e crianças* foi mencionada em Tampere (*exploração de mulheres* e *exploração sexual de crianças*) e o art. 29.º do TUE já integrava, mais latamente quanto às crianças, os *crimes contra as crianças*; o *tráfico de drogas* foi previsto nos arts. 29.º e 31.º, al. e), do TUE (mas enquanto tráfico ilícito de drogas), e ainda reforçado em Tampere; o *tráfico de armas* foi contemplado pelo art. 29.º do TUE; o *branqueamento de capitais* foi objecto de grande atenção em Tampere; a *corrupção* também foi prevista em Tampere e estava já inscrita no art. 29.º do TUE; a *contrafacção de meios de pagamento* foi perspectivada em Tampere enquanto *contrafacção do euro*; a *criminalidade informática* foi também mencionada por Tampere enquanto *crimes de alta tecnologia*; e finalmente a *criminalidade organizada* foi expressamente mencionada pelos arts. 29.º e 31.º, al. e), do TUE.

Note-se que quando nos referimos às “consagrações” de Tampere, relativamente a alguns domínios ali considerados e que extravasavam o próprio teor do art. 29.º (e, por maioria de razão, o do art. 31.º, al. e)), não estamos necessariamente a sustentar que tal declaração política equivalha à definição de uma base jurídica habilitante. Mas apenas a reforçar o facto de o catálogo previsto no art. 83.º, n.º 1, § 2, esse sim uma base jurídica habilitante, respeitar a crimes já de certa forma objecto de preocupação – e até de iniciativas de harmonização, ainda que por vezes de legitimidade controversa no período pré-Lisboa – no âmbito da UE.

Do texto do art. 83.º, n.º 1, § 2, foi suprimida, relativamente ao programa anterior, a menção específica à *fraude* contida no art. 29.º do TUE²⁰⁸ e a menção mais lata aos *crimes contra as crianças* também do art. 29.º do TUE. Foi ainda suprimida a referência aos *crimes contra o ambiente* elencados em Tampere e objecto de

²⁰⁷ Como refere H. SATZGER, *International and European...*, p. 74, o art. não enumera específicas infracções criminais, antes delinea “*areas of crime*”.

²⁰⁸ Analisaremos adiante as consequências dessa circunstância para a interpretação do art. 325.º do TFUE.

harmonização no contexto do primeiro pilar (abrangidos agora pelo art. 83.º, n.º 2, na lógica do Ac. *Ambiente*).

Pode ainda assinalar-se um caso problemático: a matéria abrangida pela DQ 2008/913/JAI, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, terá deixado de ter base legal no Tratado de Lisboa? Existirá ainda a hipótese teórica de enquadrá-la no art. 67.º, n.º 3, do TFUE, mas assim se aceitará, uma vez que o artigo se refere ao *combate contra estes fenómenos* (do racismo e da xenofobia, mas também, mais latamente, da *criminalidade*), que o mesmo integra outra base jurídica habilitante para a harmonização do direito penal substantivo.

Com efeito, pode questionar-se, com um interesse que vai para além do domínio identificado (racismo e xenofobia), a possibilidade de o art. 67.º, n.º 3, do TFUE, configurar *outra base jurídica* para a harmonização do direito penal substantivo, sempre que esteja em causa “garantir um elevado nível de segurança” (cfr. os termos do preceito)²⁰⁹. Todavia, a nosso ver, o preceito integra uma mera disposição geral, de enunciação de princípios e objectivos, tal como aliás designa a epígrafe do Capítulo em que se integra (“Disposições gerais”). O art. 83.º, enquadrado pelo art. 82.º, n.º 1, e integrado no Capítulo 4, define os precisos termos, condições e limites dessa harmonização (sem prejuízo da discussão *infra* quanto a bases jurídicas concorrentes, mas oriundas de outros Títulos do Tratado).

Entendemos, com MÁRIO FERREIRA MONTE, que “o artigo 67.º não passa de uma disposição geral, enunciando um princípio, cuja concretização estará nos artigos 82.º e seguintes do TFUE”, em virtude da “relação entre as normas (geral e específicas), no mesmo Título” e também do “facto de versarem sobre matérias muito semelhantes”²¹⁰.

Finalmente, é interessante assinalar, na senda do que referíamos *supra* e tal como resulta da súmula que consta do 1.º Capítulo, que quase todos os domínios de

²⁰⁹ Sobre o tema, M. FERREIRA MONTE, “Da legitimação e...”, p. 181 a 183, recusando a hipótese e argumentando nesse sentido, mas admitindo que “nada nos espantaria que certas medidas, tendentes à aproximação das legislações penais, fossem tomadas sem respeitar os limites dos artigos 82.º e seguintes, se as mesmas viessem a garantir um ‘elevado nível de segurança’”.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 182. O Autor considera ainda que o art. 83.º também visa “esse elevado nível de segurança” especificado no art. 67.º, n.º 3. Todavia, quanto a este argumento, não o consideramos talvez tão decisivo, já que não encontramos uma correspondência directa entre “segurança” e *todos* os domínios de criminalidade identificados naquele art. 83.º (veja-se, por exemplo, o caso da corrupção).

criminalidade prevista no art. 83.º, n.º 1, § 2, foram objecto de medidas de harmonização no período pré-Lisboa.

Com efeito, e referindo apenas as DQ na vigência do Tratado de Amesterdão/Nice, foram aprovados textos harmonizadores relativamente às matérias, designadamente, do *terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de droga, branqueamento de capitais, corrupção* (no sector privado), *contrafacção de moeda, contrafacção de meios de pagamento que não em numerário, ataques contra os sistemas de informação e criminalidade organizada* (no caso, *infracções relativas à participação em organização criminosa*)²¹¹. Apenas ficou por inaugurar, na perspectiva das DQ pré-Lisboa e relativamente aos domínios indicados no art. 83.º, n.º 1, § 2, o *tráfico de armas* e a *exploração sexual de mulheres*²¹².

Aliás, mesmo o catálogo de directivas pós-Lisboa, também indicado no 1.º Capítulo, demonstra que quase todas as iniciativas legislativas entretanto aprovadas se destinaram a substituir DQ anteriores, com excepção da designada directiva “abuso de mercado” que todavia assenta na base jurídica do art. 83.º, n.º 2 (competência anexa).

3.2. O artigo 83.º, n.º 1, § 3

Relativamente ao art. 83.º, n.º 1, § 3, sobre o possível alargamento do catálogo do § 2 por unanimidade no Conselho, é difícil delimitar com rigor o seu alcance.

O preceito refere apenas dois pressupostos, que todavia podem compreender um conjunto à partida indeterminável de crimes. Por um lado, haverá que tratar-se de crimes *particularmente graves com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns*, já que o preceito remete para “os critérios referidos no presente número”, i. e., os definidos no § 1. Apesar dessa importante ressalva, a verdade é que tais critérios não são isentos de dúvida; pense-se no problema referido quanto à dimensão transfronteiriça que *resulte* da necessidade de combater o crime assente em bases comuns. Por outro lado, o alargamento das possibilidades de harmonização a

²¹¹ Cfr. a lista enunciada no Anexo I – E).

²¹² Veja-se todavia a importante Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11.5.2011 (ratificada por Portugal em 5.2.2013). Sobre a *Convenção de Istambul*, C. FERREIRA DA CUNHA (coord.), *Combate à Violência...*; T. PIZARRO BELEZA, “A ‘violência de...’”. Para leituras aprofundadas sobre *Mulheres e Direito (Penal)*, T. PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime...*; e *A Mulher no...*

esses novos domínios haverá de justificar-se pela evolução da criminalidade, pressupondo o desenvolvimento de uma determinada fenomenologia criminal cujos contornos carecem de ser identificados.

Acresce que tal nova fenomenologia criminal deverá traduzir uma preocupação comum partilhada por todos os EM, já que a harmonização neste caso está dependente de um acordo unânime no Conselho quanto à identificação do respectivo escopo, a complementar com a aprovação conforme do PE. ANABELA MIRANDA RODRIGUES refere tratar-se de uma decisão de “natureza ‘quase-constituente’”²¹³.

3.3. O artigo 83.º, n.º 2: a “competência anexa”

Merece especial atenção a possibilidade de harmonização prevista pelo art. 83.º, n.º 2, do TFUE, que prevê a designada competência anexa. Trata-se da possibilidade de estabelecer, por meio de directivas, regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções sempre que tal harmonização se afigure *indispensável* para assegurar a execução *eficaz* de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização. O procedimento é idêntico ao utilizado para a adopção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do art. 76.º, ou seja, da possibilidade de a iniciativa poder caber a um quarto dos EM.

A Comissão, para além do paradigmático caso da política *ambiente*, já objecto de medidas de harmonização em período anterior ao da vigência do Tratado de Lisboa, apresenta *propósitos* de harmonização do direito penal substantivo em variados domínios ao abrigo deste art. 83.º n.º 2: *transporte rodoviário* (infracções graves às regras da UE aplicáveis aos profissionais do transporte); *protecção de dados* (infracções graves às regras da União); *regras aduaneiras* (aproximação das infracções aduaneiras e sanções); *protecção do ambiente* (se a legislação penal em vigor exigir reforço); *política das pescas* (no domínio da pesca ilegal, no seguimento de uma invocada campanha de “tolerância zero”); *políticas de mercado interno* (no domínio das práticas ilegais graves como a contrafacção e a corrupção ou o conflito de interesses não declarado no contexto dos contratos públicos)²¹⁴.

²¹³ A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 83.º”, p. 437; e em “O Tratado de...”, p. 189. P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 593, referindo a circunstância de serem os Estados na sua posição privilegiada a modelar as jurisdições periféricas, considera que esta norma constitui precisamente “another instance of [the] conditioning of the peripheral jurisdiction ‘from the inside’”.

²¹⁴ Cfr. COM (2011) 573 final – 20.9.2011.

Afirma AUGUSTO SILVA DIAS que “[d]e acordo com esta cláusula de acessoriedade aberta, como lhe chama WEIGEND, não há praticamente nenhum âmbito do Direito Penal secundário que não possa ser ‘europeizado’”²¹⁵. E é com razão que denota que a competência material das instituições europeias não está, à luz deste número autónomo, limitada ao conceito, já de si pouco preciso, da *criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça*.

Com efeito, contrariamente ao que sucede com o disposto no art. 83.º, n.º 1, § 3, a remeter para a referida noção tal como estabelecida no § 1, este n.º 2 é autónomo e não subordina as escolhas da harmonização que legitima a quaisquer condicionalismos idênticos. Não é indispensável, nos termos definidos pelo preceito, que a criminalidade seja grave e tenha dimensão transfronteiriça – será objecto de previsão normativa ao nível da União desde que o direito penal possa funcionar como um instrumento útil (“eficaz”) ao serviço da política comunitária em questão.

Como refere STEVE PEERS²¹⁶, o art. 83.º, n.º 2, comporta “*no limit on its subject-matter*”, mas um “*abstract test of a requirement of a need for the effective implementation of a Union policy which has been subject to harmonisation measures*”. Podemos ainda afirmar com ESTER HERLIN-KARNELL²¹⁷ que há poucas matérias que não tenham sido objecto de uma qualquer harmonização mínima ao nível da União e não possam por isso ser associadas ao “*effectiveness criteria*” previsto no art. 83.º, n.º 2. VALSAMIS MITSILEGAS fala-nos de uma “*functional criminalisation*”²¹⁸; e no mesmo sentido HELMUT SATZGER refere que o direito penal “*is ‘used’ as a mere enforcement mechanism*”²¹⁹.

Conforme referido, não nos parece possível pré-conceber com precisão, fechando aprioristicamente, os domínios a integrar o âmbito do art. 83.º, n.º 2. Ou seja, precisar com rigor o âmbito da harmonização penal que “se afigure *indispensável* para assegurar a execução *eficaz* de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização”, a promover de acordo com o procedimento

²¹⁵ A. SILVA DIAS, “De que direito...”, p. 318, analisando o correspondente preceito do Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição Europeia.

²¹⁶ S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 774.

²¹⁷ E. HERLIN-KARNELL, “Effectiveness and Constitutional...”, p. 271.

²¹⁸ V. MITSILEGAS, “From Overcriminalisation to...”, p. 419. Segundo o Autor, em virtude desta “*functional criminalisation*”, “*Criminal law is not viewed as a self-standing EU policy or field of competence, but rather as a means to an end enabling the Union to achieve effectiveness with regard to its policies and objectives*” (deve, por isso, ser posta em concordância prática).

²¹⁹ H. SATZGER, *International and European...*, p. 76.

estabelecido para a harmonização da política em questão. Essa indefinição tem sido criticada²²⁰.

Ainda assim, afigura-se importante definir alguns possíveis limites dentro da assinalável latitude do preceito. Desde logo, aqueles limites que derivam do texto do preceito, podendo afirmar-se, com STEVE PEERS, que a norma parece pressupor que *previamente* ao recurso ao direito penal esteja identificada e já harmonizada a política em questão. Com efeito, a norma refere-se a um “domínio que *tenha sido* objecto de medidas de harmonização”²²¹.

Por outro lado, há que referir os critérios da *indispensabilidade* e da *eficácia*. Tais requisitos são particularmente relevantes na óptica da justificação (“ónus da prova”) para a actuação europeia no âmbito de tão abrangente competência. Nessa perspectiva, existe uma estreita correlação entre os termos utilizados e o princípio da subsidiariedade, na sua dinâmica de *norma de acção*; mas também enquanto *norma de controlo*, já que o papel do TJUE pode ser especialmente importante para controlar a eventual expansividade na interpretação (cfr. Parte II).

O TC Alemão, no seu Acórdão sobre o Tratado de Lisboa, embora expressando preocupação com a latitude do preceito (“esta competência para legislar no domínio penal implica o risco de que possa ser sem limites”), refere que existem elementos suficientes para uma interpretação restritiva. Assim, aquele TC considera, no § 357 do Acórdão, o seguinte²²²:

“O Tratado de Lisboa, contudo, fornece indicações suficientes para uma interpretação conforme com a Constituição. Por um lado, o elemento constitutivo [“*constituent element*”] que concede poderes legislativos em matéria penal é redigido de forma restrita. Por conseguinte, a harmonização das normas legais correspondentes dos Estados-Membros deve ser ‘indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União’ (artigo 83.º, n.º 2, 1.ª parte, do TFUE). Apenas se ficar efectivamente demonstrado que existe um grave défice de *enforcement*, que apenas pode ser sanado

²²⁰ *Vd.* o Ac. do TC Alemão sobre o Tratado de Lisboa, já referenciado, § 361.

²²¹ S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 775. Nesse sentido, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 133, com indicação de outra bibliografia de apoio. Para o Autor, essa interpretação suportada pelo elemento literal, embora possa ser vista como demasiadamente formalista, tem apoio no princípio da *ultima ratio* (a analisar *infra*), na medida em que garante que houve pelo menos uma tentativa de primeiramente assegurar a *compliance* por outras vias que não o direito penal, entendido como verdadeiro último recurso. Também no sentido do texto, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 83.º”, p. 437, referindo a necessidade de “dois instrumentos legislativos de aproximação – um, no domínio em que esteja em causa harmonizar e, outro, de natureza penal”.

²²² Tradução nossa.

mediante a ameaça da pena, existirá esse elemento constitutivo excepcional e poderá considerar-se conferido o correspondente poder para legislar em matéria penal”.

Por outro lado, e na óptica da proporcionalidade, o preceito é particularmente expressivo de uma tendência expansionista do direito penal europeu, a mitigar com a afirmação da indispensabilidade da identificação de bens ou interesses a tutelar, bem como do reconhecimento do recurso ao direito penal como *ultima ratio*²²³. Dedicaremos maior atenção a estas questões *infra* (Parte III), na medida em que se relacionam mais directamente com o *exercício* da competência do que propriamente com a definição ou delimitação dessa mesma competência.

De facto, do ponto de vista da competência, o preceito é claro ao prevê-la em termos abrangentes. Mas as palavras que a definem (“indispensável” e “eficaz”) também devem funcionar como correspondentes e rígidos critérios delimitativos. O próprio Ac. *Ambiente* já tinha delimitado a competência que então reconheceu em termos aproximados²²⁴.

Um terceiro critério delimitativo da competência anexa parece-nos ainda relevante. Consideramo-lo partindo de uma afirmação de VALSAMIS MITSILEGAS²²⁵: “é de assinalar que a eficácia está genericamente associada à execução de uma política da União e não aos objectivos da União”. E isto é importante desde logo na perspectiva da exigência de identificação dos *bens jurídicos* cuja protecção está subjacente ao prosseguimento da política em questão²²⁶.

Finalmente, e quanto aos limites do art. 83.º, n.º 2, do TFUE, e às possibilidades de harmonização assim legitimadas, será ainda relevante considerar que o preceito foi mais longe do que o Ac. *Ambiente II* (ou, mais correctamente pela cronologia dos

²²³ M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”, p. 19, uma das signatárias do *Manifesto on European Criminal Policy* (cfr. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*), refere a propósito do art. 83.º, n.º 2, do TFUE, o seguinte: “[t]he recognition of such competence is in direct conflict with the *ultima ratio* principle, as the need for ‘effective implementation’ – particularly in the field of Union policies – is liable to produce a lack of self-restraint until other measures prove efficient”.

²²⁴ Lê-se no Ac. *Ambiente* (C-176/03): “48. Porém, quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida *indispensável* para lutar contra os atentados graves ao ambiente, esta ultima conclusão não pode impedir o legislador comunitário de tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considere *necessária* para garantir a *plena efectividade* das normas que promulgue em matéria de protecção do ambiente” (destaques nossos).

²²⁵ V. MITSILEGAS, “From Overcriminalisation to...”, p. 420 e 421.

²²⁶ J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, p. 69, refere a necessidade de identificar os “*legal interests linked to harmonised EU policies*” (art. 83.º, n.º 2).

acontecimentos, o Ac. *Ambiente II* não terá antecipado a vigência do preceito na sua plenitude²²⁷).

Com efeito, a possibilidade de harmonização prevista no preceito estende-se, não apenas ao estabelecimento de regras mínimas relativamente à definição das infracções penais, mas igualmente à *definição das sanções*. Quanto a este ponto, o preceito não deixa margem para dúvida: *podem ser estabelecidas por meio de directivas regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções no domínio em causa*.

A questão não nos parece especialmente controversa²²⁸, na medida em que a partir do momento em que foi decidido abrir a possibilidade vertida no preceito, dificilmente se definiria uma competência limitada à definição dos crimes (e não também das sanções). Mais precisamente, a partir do momento em que o Tratado se orientou no sentido de criar as bases jurídicas habilitantes para a harmonização do direito penal substantivo, não nos parece existir fundamento para distinguir, quanto à questão da definição das *sanções*, as hipóteses do art. 83.º, n.º 1, e as hipóteses do art. 83.º, n.º 2.

Na verdade, concorde-se ou não com a possibilidade aberta pelo art. 83.º, n.º 2, e sem prejuízo dos limites que a doutrina e a jurisprudência possam trabalhar para conter as vastíssimas possibilidades de harmonização que o preceito abrange, o certo é que *de iure condendo* não se vislumbra fundamento para a referida distinção. De qualquer forma, o preceito é claro quanto a este ponto.

Sem prejuízo do exposto, nada impede que se discuta, não propriamente o problema da *competência* para harmonizar as sanções, mas da *justificação* para as harmonizar, ou ainda os problemas de *coerência* que a harmonização pode acarretar ao nível dos ordenamentos jurídico-penais nacionais. Mas isto, em qualquer caso, relativamente ao âmbito de aplicação de qualquer uma das referidas bases jurídicas: art. 83.º, n.º 1 (harmonização dos “euro-crimes”) e art. 83.º, n.º 2 (competência anexa)²²⁹.

Finalmente, convém deixar claro que sempre que se afirme, por facilidade de raciocínio, que o art. 83.º, n.º 2, integra a tese do Ac. *Ambiente*, tal não significa aceitar que o preceito “constitucionalize” essa mesma tese jurisprudencial.

²²⁷ Cfr. explicação sobre esta cronologia *infra*.

²²⁸ Problematisando a questão, S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 764.

²²⁹ Para uma análise sobre a harmonização das sanções penais, à luz do quadro de Amesterdão, A. MIRANDA RODRIGUES, “Um sistema sancionatório...”.

O art. 83.º, n.º 2, do TFUE, tem como antecedente o art. III-271.º do Tratado Constitucional (assinado em Outubro de 2004), que por sua vez tem como antecedente o correspondente preceito do Projecto de Tratado Constitucional (de Julho de 2003). Ora, sendo o primeiro Ac. *Ambiente* datado de 13 de Setembro de 2005, constata-se que o Tratado não “constitucionalizou” a tese do Tribunal. O Tribunal é que pode ter sido influenciado pelos textos em discussão na altura, procurando antecipar a sua vigência num momento de indefinição particularmente expressivo.

Mais se refira que o art. 83.º, n.º 2, é ao mesmo tempo mais limitado e mais abrangente do que a jurisprudência *Ambiente*. Mais limitado porque prevê o travão de emergência e sempre e em qualquer caso o instrumento directiva. Com efeito, o facto de o Ac. *Ambiente* ter enquadrado a competência em matéria penal no primeiro pilar (ou pilar comunitário), sem estabelecer qualquer critério relativamente ao instrumento harmonizador, parecia abrir espaço à defesa da harmonização via regulamento (isto sem prejuízo, claro está, do subsequente accionamento do princípio da subsidiariedade²³⁰). Mas o art. 83.º, n.º 2, é também mais abrangente do que a jurisprudência *Ambiente* porque expressamente admite, contrariamente ao sufragado no Ac. *Ambiente II*, a harmonização das sanções; mais pressupondo que *qualquer política* previamente harmonizada, não apenas a do *ambiente*, pode justificar a criminalização funcional.

Em todo o caso, apesar dessa não coincidência plena, e apesar de se recusar a ideia de que o preceito “constitucionalizou” essa jurisprudência, o certo é que parece ter existido uma recíproca influência – os juízes da União como que anteciparam a vigência do Tratado. Nessa medida, a efectiva vigência da base jurídica do art. 83.º, n.º 2, prejudicará o precedente judicial. Em nossa opinião, as medidas de harmonização do direito penal substantivo já não devem ser enquadradas pela referida jurisprudência, proferida num contexto jurídico diferente, num momento de particular indefinição, e com o objectivo final de “normalizar” a competência da União em matéria penal matizando a fragmentariedade da construção em pilares. Todavia, conforme adiante se procurará demonstrar, o debate sobre a questão persiste.

²³⁰ Nos termos do Protocolo (n.º 30, na versão consolidada) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, introduzido pelo Tratado de Amesterdão, “[e]m igualdade de circunstâncias, deve optar-se por directivas em vez de regulamentos e por directivas-quadro em vez de medidas pormenorizadas”, já que “[e]mbora vinculem qualquer Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, as directivas a que se refere o artigo 249.º do Tratado deixarão às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” – cfr. Parte II, 1.º Capítulo.

4. O artigo 83.º do TFUE: *regras mínimas* relativas à definição das *infracções penais* e das *sanções*

4.1. O “pacote da harmonização”

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, referindo-se à harmonização no âmbito do ex-terceiro pilar, enuncia de forma esclarecedora que “a harmonização implica uma actividade legislativa dos Estados-Membros, quer ‘adaptando’ (implicando um ‘alargamento de’) uma norma penal já existente, quer criando uma nova, quer, finalmente, prevendo a aplicação de penas para sancionar certos comportamentos, para cumprir o mandato comunitário”; “está-se em presença de uma *obligatio puniendi*, pois a ‘iniciativa legal’ emana de uma instituição comunitária, que deve ser concretizada por cada Estado-Membro através de uma ‘norma penal’”²³¹.

Tem sido questionado na doutrina o exacto alcance da harmonização neste âmbito, estando em causa discutir qual a concreta *matéria penal* que pode ser abrangida pelo instrumento legislativo harmonizador: estará simplesmente em causa a definição da *fattispecie* e correspondentes sanções?²³²

Considerando o art. 83.º, n.ºs 1 e 2, está efectivamente previsto nessa norma de competência que esta abrange a definição de *regras mínimas* relativas à *definição das infracções penais* e das *sanções*. A fórmula utilizada é aproximada à escolhida pelo ex-art. 31.º, al. e), do TUE, mas pode até considerar-se mais abrangente, já que este último artigo se referia a regras mínimas quanto aos *elementos constitutivos das infracções penais* e às *sanções aplicáveis*. Ora, a nova fórmula aponta para “elementos” que normalmente são tratados nas “partes gerais” dos códigos penais, não se limitando aos “elementos constitutivos” das infracções penais²³³.

De qualquer forma, a harmonização promovida com base no art. 31.º, al. e), do TUE, não assentava numa leitura restritiva da noção “elementos constitutivos das

²³¹ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal*...p. 94 e 95. Sobre as formas de converter a obrigação, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*..., p. 221 a 223. O Autor refere-se aos métodos ou técnicas de “*copy and paste*” (o EM copia a definição da conduta proibida para a norma penal nacional), “*reference*” (o EM aprova uma lei penal nacional que remeta para a conduta descrita na norma X da directiva Y) e – o mais comum – “*translation*” (o EM traduz a obrigação derivada do instrumento europeu para as suas próprias “palavras”). Mais refere o Autor um método que não se relaciona directamente com a legislação, mas sim com a aplicação: trata-se da “*judicial European interpretation*” dos elementos da norma penal nacional.

²³² Sobre a questão, entre outros, S. PEERS, *EU Justice and...*, p. 763 e ss.; P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 93 e ss.; A. KLIP, *European Criminal Law*..., p. 159 e ss., em especial p. 178 e ss.

²³³ Assim, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 83.º”, p. 438.

infracções penais”. A harmonização no quadro do Tratado de Lisboa prossegue esse mesmo espírito; e a norma habilitante, como referido, até o consente mais amplamente.

Com efeito, analisando as decisões-quadro aprovadas no contexto jurídico anterior verificamos que estas integravam frequentemente outras matérias. Para além das regras mínimas quanto à descrição dos *elementos constitutivos* das infracções penais e às sanções aplicáveis, tais instrumentos incluíam frequentemente regras sobre instigação e cumplicidade (participação), tentativa, responsabilidade das pessoas colectivas e jurisdição²³⁴. Tal característica tem sido partilhada pelas directivas aprovadas no contexto da “nova” competência. Aliás, tais directivas consubstanciam, em grande parte dos casos, uma “*lisbonisation*” das anteriores decisões-quadro (cfr. 1.º Capítulo²³⁵), pelo que é natural que tais iniciativas pós-Tratado de Lisboa não tenham significado a tradução de *menos competência* do que aquela que vinha sendo exercida no quadro do ex-terceiro pilar.

A Comissão abordou a questão em análise no seu já referido documento de 2011 sobre o rumo de uma política da União em matéria penal, seguindo um entendimento que se nos afigura coerente com a anterior *praxis*, e que tomamos por referência²³⁶.

Para a Comissão está em causa, no essencial, a integração pelo instrumento harmonizador das matérias que se enunciam nos pontos que se seguem. Recorremos igualmente a alguns exemplos que se nos afiguram adequados para ilustrar cada um dos elementos a referir.

4.1.1. Descrição do comportamento penalmente relevante

Segundo a Comissão, o instrumento legislativo europeu deverá evidentemente conter a “descrição de comportamentos considerados penalmente puníveis” ou, talvez mais adequadamente, a descrição dos comportamentos considerados penalmente

²³⁴ Sobre este ponto em concreto, e com vários exemplos de instrumentos adoptados na vigência do Tratado de Amesterdão/Nice, P. CAEIRO, *Fundamentos, Conteúdo e...*, p. 128 a 130. Para uma análise global das DQ, A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 178 e ss.

²³⁵ Ex: Directiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, *e que substitui a DQ 2002/629/JAI* do Conselho; Directiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, *e que substitui a DQ 2004/68/JAI* do Conselho; Directiva 2013/40/UE relativa a ataques contra os sistemas de informação *e que substitui a DQ 2005/222/JAI* do Conselho; Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção *e que substitui a DQ 2000/383/JAI* do Conselho.

²³⁶ COM (2011) 573 final – 20.9.2011. Para uma reflexão aprofundada, num sentido global de aceitação das orientações definidas pela Comissão, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 96 e ss.

relevantes. Trata-se de “dimensão fundamental” da *jurisdição prescritiva*, uma vez que está em causa a “qualificação de certo tipo de factos como crime”²³⁷.

Por forma a comprovar tal asserção, atente-se no exemplo da Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, cujo art. 3.º, n.º 1, com a epígrafe “Infracções penais”, dispõe que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes actos sejam puníveis como infracções penais, quando cometidos intencionalmente”.

Seguidamente, a norma enuncia a *fattispecie* “mínima” da incriminação²³⁸, ou seja, descreve os factos a ser qualificados como crime: “a) O fabrico ou alteração fraudulentos de moeda, independentemente dos meios utilizados; b) A colocação fraudulenta em circulação de moeda contrafeita; c) A importação, a exportação, o transporte, a recepção ou a obtenção de moeda contrafeita a fim de a pôr em circulação com conhecimento de que a mesma é contrafeita; d) O fabrico, a recepção, a obtenção ou a posse fraudulentos de: i) instrumentos, objectos, programas e dados informáticos, bem como de quaisquer outros meios que se prestem, pela sua natureza, à contrafacção ou alteração de moeda, ou ii) elementos de segurança, como hologramas, marcas de água ou outros elementos da moeda que sirvam de protecção contra a contrafacção”.

O n.º 2 do art. 3.º dirige aos EM mais uma injunção: “[os] [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que os actos referidos no n.º 1, alíneas a), b) e c), também sejam puníveis no caso de terem por objecto notas ou moedas que estejam a ser fabricadas, ou que o tenham sido, através da utilização de instalações ou de materiais legais em violação dos direitos ou das condições em que as autoridades competentes podem emitir notas ou moedas”. E o n.º 3 obriga os EM a “tomar as medidas necessárias para garantir que os actos referidos nos n.ºs 1 e 2 também sejam puníveis no caso de terem por objecto notas e moedas ainda não emitidas, mas que se destinam a entrar em circulação com curso legal”.

4.1.2. Instigação e cumplicidade

Nos termos do documento da Comissão, estão em causa “comportamentos secundários como a instigação [e] a cumplicidade”.

²³⁷ Assim P. CAEIRO, “A jurisdição penal...”, p. 186.

²³⁸ Para P. CAEIRO, “Observações sobre a...”, p. 888 e 889, é discutível “[s]e regulamentações deste teor, que parecem esgotar o campo da incriminação pensável em determinada área, ainda são compatíveis com o espírito das ‘regras mínimas’”. Cfr. o Autor para uma análise detalhada sobre a Proposta que deu origem à presente directiva.

Tomando de exemplo a mesma Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, o seu art. 4.º, n.º 1, estatui que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para que o facto de *instigar* ou *ajudar* a cometer uma infracção referida no artigo 3.º *seja punível* como infracção penal”²³⁹.

4.1.3. Tentativa

Neste ponto, a Comissão assinala que “[n]alguns casos, a tentativa de prática da infracção também é abrangida”.

Tomando novamente de exemplo a Directiva 2014/62/UE, o seu art. 4.º, n.º 2, dispõe que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que a *tentativa* de cometer qualquer das infracções penais referidas no artigo 3.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c), ou no artigo 3.º, n.ºs 2 ou 3, que estejam relacionadas com os actos referidos no artigo 3.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c), *seja punível* como infracção penal”.

4.1.4. Elemento subjectivo: dolo versus negligência

Segundo a Comissão, “os instrumentos de direito penal da UE incluem na definição o comportamento intencional, mas nalguns casos também a negligência grave”.

A Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, *supra* referida, já não poderá servir de exemplo demonstrativo quanto a este ponto, uma vez que o respectivo art. 3.º refere expressamente que a *obrigação de criminalização* se refere a *actos intencionais*.

No âmbito das directivas pós-Lisboa já aprovadas, não se encontram exemplos de obrigações expressas de criminalização de condutas *negligentes*. Todavia, a Directiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas refere, no preceito referente às “sanções” (art. 4.º) – mas apenas nesse preceito –, que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que

²³⁹ Para H. SATZGER, *International and European...*, p. 79, na medida em que não existem conceitos harmonizados relativamente à noção de participação – ou de tentativa –, cabendo aos EM implementá-los à luz das compreensões nacionais, existe aqui um certo simbolismo retórico. Também sobre a questão, referindo que estes conceitos e categorias, a par com outros da parte geral, “*do not usually enjoy a European, univocal and self-standing definition*”, P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 597.

as infracções referidas no artigo 2.º sejam puníveis com penas máximas com duração de, pelo menos, dez anos de prisão, caso a infracção: (...) c) Tenha posto em perigo a vida da vítima e tenha sido cometida com dolo ou *negligência grosseira*” (n.º 2).

4.1.5. Circunstâncias agravantes e atenuantes

Nos termos do documento da Comissão, os instrumentos de direito penal da União “definem igualmente o que deve ser considerado como circunstância ‘agravante’ ou ‘atenuante’ para determinar a sanção num caso específico”.

O exemplo da Directiva 2014/62/UE também não nos serve relativamente a este ponto. Poderá contudo referir-se, quanto a uma previsão pormenorizada sobre tais circunstâncias agravantes, o art. 9.º da Directiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Outro exemplo pode ser encontrado no art. 4.º, n.º 3, da Directiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, no qual se prevê que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessária para garantir que seja considerado circunstância agravante o facto de uma infracção referida no artigo 2.º ter sido cometida por um funcionário ou agente público no exercício das suas funções”.

Não se encontram, todavia, exemplos de definições concretas de circunstâncias atenuantes.

4.1.6. Responsabilidade das pessoas colectivas

Para a Comissão, “[e]m geral, a legislação da UE abrange as infracções cometidas quer por pessoas singulares quer por pessoas colectivas, como empresas ou associações”. Todavia, “na legislação em vigor, foi sempre deixada aos Estados-Membros a escolha do tipo de responsabilidade penal das pessoas colectivas, uma vez que este conceito não existe em todos os ordenamentos jurídicos nacionais”.

Retomando o exemplo da Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, dispõe o seu art. 6.º:

“1. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que as pessoas colectivas *possam ser consideradas responsáveis* pelas infracções referidas nos artigos 3.º e 4.º, cometidas em seu benefício por qualquer pessoa, agindo a título individual ou

na qualidade de membro de um órgão da pessoa colectiva, que nela exerça um cargo de direcção, com base nos seguintes elementos: a) Poder de representação da pessoa colectiva; b) Autoridade para tomar decisões em nome da pessoa colectiva; ou c) Autoridade para exercer o controlo nessa pessoa colectiva. 2. Os [EM] devem garantir que uma pessoa colectiva *possa ser responsabilizada* sempre que a falta de vigilância ou de controlo pela pessoa a que se refere o n.º 1 do presente artigo tenha possibilitado a prática de uma infracção referida nos artigos 3.º e 4.º em benefício dessa pessoa colectiva, por uma pessoa sob a sua autoridade. 3. A responsabilidade de uma pessoa colectiva nos termos dos n.ºs 1 e 2 do presente artigo não exclui o procedimento penal contra as pessoas singulares autoras, instigadoras ou cúmplices de uma infracção referida nos artigos 3.º e 4.º”.

4.1.7. Pressupostos de jurisdição

Segunda a Comissão, “[a] legislação da UE pode cobrir as regras em matéria de competência jurisdicional, bem como outros aspectos considerados como parte da definição enquanto elementos necessários à aplicação efectiva da disposição jurídica”

240

Tomando o exemplo da referida Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, dispõe o seu art. 8.º:

“1. Cada [EM] deve tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua competência em relação às infracções referidas nos artigos 3.º e 4.º, caso: a) A infracção tenha sido cometida, no todo ou em parte, no seu *território*; ou b) O autor da infracção seja um seu *nacional*. 2. Cada [EM] cuja moeda é o euro deve tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua competência em relação às infracções referidas nos artigos 3.º e 4.º cometidas *fora do seu território*, pelo menos nos casos em que essas

²⁴⁰ Como afirma P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 118, a jurisdição penal da União identifica-se com o “*poder* legítimo da União de *decidir* sobre a natureza criminal de uma conduta e de *determinar* as conexões de competência e demais pressupostos de jurisdição que os Estados-Membros devem adoptar para que possam puni-la”. Desenvolvidamente sobre o tema do estabelecimento das regras de aplicabilidade das leis nacionais e dos pressupostos de jurisdição dos Estados, cfr. o Autor, *ibidem*, p. 127 e ss. Para uma abordagem mais recente, com referência ao Tratado de Lisboa, cfr. P. CAEIRO, “A jurisdição penal...”, em especial p. 186 e ss. Para o Autor, no último texto, p. 186, “[o]s instrumentos legislativos europeus mostram que as instituições da UE não concebem o poder de modificar as regras de aplicabilidade nacionais como um puro derivado da sua competência para prevenir e resolver conflitos de jurisdição, mas antes como parte integrante da atribuição de instituir um programa penal europeu através das leis estatais”. Tendo especialmente em conta os arts. 83.º, n.ºs 1 e 2, e 82.º, n.º 1, al. b), ambos do TFUE, o Autor considera que “o estabelecimento de bases de jurisdição pode integrar o programa penal relativo aos ‘crimes europeus’ (art. 83.º, n.ºs 1 e 2), ou visar apenas, nos termos expostos *supra*, a prevenção genérica dos conflitos negativos de jurisdição (art. 82.º, n.º 1, al. b))”.

infracções digam respeito ao euro e caso: a) O autor da infracção se encontre no território desse [EM] e não seja extraditado; ou b) As notas ou moedas de euro contrafeitas objecto da infracção tenham sido detectadas no território desse [EM]. Para a instauração de um processo penal pelas infracções referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, quando relacionadas com o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), bem como pela instigação à sua prática, pela cumplicidade na sua prática e pela tentativa de cometer uma dessas infracções, cada [EM] deve tomar as medidas necessárias para garantir que a sua competência não esteja subordinada à condição de tais actos constituírem uma infracção penal no local em que foram cometidos”.

4.1.8. Sanções

Para a Comissão, no domínio das sanções, está em causa a exigência de que o comportamento penalmente relevante seja sancionado com “sanções penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas” (requisito *mínimo*²⁴¹), mas com previsão, quando necessário, do tipo e/ou grau da sanção.

Um exemplo interessante, porque abrange várias camadas de previsão normativa em matéria de sanções, é novamente dado pela Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, cujo art. 6.º estabelece:

“1. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os actos referidos nos artigos 3.º e 4.º sejam puníveis com *sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas*. 2. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), as infracções referidas no artigo 3.º, n.º 2, e as infracções referidas no artigo 3.º, n.º 3, que estejam relacionadas com os actos referidos no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), sejam puníveis com uma *sanção máxima que implique a prisão*. 3. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e no artigo 3.º, n.º 3, que estejam relacionadas com os actos referidos no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), sejam puníveis com uma *pena de prisão cujo limite máximo seja de, pelo menos, oito anos* [obs.: “*limite mínimo da pena máxima*”]. 4. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções referidas no artigo 3.º, n.º 1, alíneas b) e c), e no artigo 3.º, n.º 3, que estejam relacionadas com os actos referidos no artigo 3.º, n.º 1, alíneas b) e c), sejam puníveis com uma *pena de prisão cujo limite máximo seja de,*

²⁴¹ Cfr. o critério do Ac. *Milho Grego* (C-68/88).

pelo menos, cinco anos [obs.: “*limite mínimo da pena máxima*”]. 5. No que respeita à infracção referida no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), os [EM] podem prever *sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas diferentes* da referida no n.º 4 do presente artigo, incluindo multas e penas de prisão, se as notas ou moedas contrafeitas tiverem sido recebidas sem conhecimento de que são contrafeitas, mas passadas com conhecimento da contrafacção”²⁴².

Note-se que a proposta de directiva PIF, tal como apresentada pela Comissão²⁴³, previa também um *limite mínimo da pena mínima*. Com efeito, o seu art. 8.º dispunha designadamente que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as infracções penais referidas no artigo 3.º e no artigo 4.º, n.ºs 1 e 4, que envolvam vantagens ou prejuízos não inferiores a 100 000 EUR sejam puníveis com: (a) uma pena mínima de prisão não inferior a 6 meses”²⁴⁴.

Também é importante notar que embora o pressuposto do *limite mínimo da pena máxima* seja muito frequente, a DQ relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (2002/946/JAI), depois de prever uma “pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos” (art. 1.º, n.º 3), estabelece que “[s]e for absolutamente necessário à *preservação da coerência do sistema penal nacional*, os actos definidos no n.º 3 serão passíveis de pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a seis anos, desde que essa pena seja uma das penas máximas mais severas existentes para crimes de gravidade comparável” (art. 1.º, n.º 4)²⁴⁵.

4.1.9. Confisco

Segundo a Comissão, nos instrumentos de direito penal da União “[p]odem também ser incluídas disposições em matéria de confisco”.

²⁴² Cfr. ainda o art. 7.º da mesma directiva quanto às sanções aplicáveis às pessoas colectivas.

²⁴³ Proposta de Directiva do PE e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (COM (2012) 363 final – 11.7.2012).

²⁴⁴ Segundo P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 125, as penas mínimas são desconhecidas em certos EM, pelo que uma iniciativa nessa direcção pode conflitar com o disposto no art. 4.º, n.º 2, do TFUE, podendo mesmo levar a desencadear o designado travão de emergência. Note-se, no quadro de Amesterdão, a Declaração n.º 8 anexa à acta final, nos termos do qual “[a] Conferência considera que o disposto na alínea e) do artigo K.3 do [TUE] não terá como consequência obrigar um Estado-Membro a adoptar penas mínimas quando o seu sistema judiciário as não preveja”.

²⁴⁵ P. ASP, “The importance of...”, p. 55, considera esta DQ como um “*positive role model*”, enfatizando a importância do princípio da coerência (cfr., sobre o princípio, o *Manifesto* já referido). Para o Autor, está em causa exemplo de como é possível harmonizar e ao mesmo tempo possibilitar alguma margem de manobra para os EM, assim garantindo que a coerência possa ser mantida ao nível interno.

A Directiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil estabelece, no seu art. 11.º, que “[o]s [EM] tomam as medidas necessárias para garantir que as suas autoridades competentes tenham o direito de apreender os instrumentos e produtos dos crimes referidos nos artigos 3.º, 4.º e 5.º”.

Sem prejuízo, é de destacar a aprovação de um instrumento transversal nesta matéria. Trata-se da Directiva 2014/42/UE sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, considerada “o primeiro exemplo de medida adoptada ao abrigo do artigo 83.º, n.º 1, do TFUE, centrada específica e transversalmente nas sanções e não na definição das infracções penais”²⁴⁶.

4.1.10. Outras matérias

Para além do que dispõem as directivas já aprovadas no contexto jurídico do Tratado de Lisboa, deverá referir-se que a proposta de directiva PIF apresentada pela Comissão integrava ainda uma disposição sobre prescrição – cfr. o art. 12.º da proposta²⁴⁷.

Dispõe o referido preceito: “1. Os [EM] devem prever um prazo de prescrição para que a investigação, a acção judicial, o julgamento e a decisão judicial sobre as infracções referidas no título II, e no artigo 5.º continuem a ser possíveis, pelo menos cinco anos a contar da data em que a infracção foi cometida. 2. Os [EM] devem assegurar que o prazo de prescrição é interrompido e recomeça a contar após qualquer acto de uma autoridade nacional competente, incluindo, em especial, o início efectivo de uma investigação ou da acção penal, até pelo menos dez anos a contar da data em que a infracção foi cometida. 3. Os [EM] devem tomar as medidas necessárias para permitir a execução de uma sanção imposta na sequência de uma condenação definitiva por uma infracção penal referida no título II e no artigo 5.º, durante um período de tempo suficiente, que não pode ser inferior a 10 anos a contar da data da referida condenação”.

4.2. Harmonização e regras mínimas

²⁴⁶ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 60. Cfr., quanto ao âmbito de aplicação, com relevância quanto à referida “transversalidade”, o art. 3.º da directiva.

²⁴⁷ COM (2012) 363 final –11.7.2012.

Outra questão relevante suscitada pela referência, no art. 83.º do TFUE, às *regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções* diz respeito à noção exacta de “regras mínimas”²⁴⁸.

A questão é relevante, não só em termos de delimitação da competência da União, mas também em termos de concretização da *obrigação* dos EM, *maxime* no momento da transposição da directiva harmonizadora; ambas as dimensões estão fortemente interligadas. Até ao momento, uma vez que no quadro do ex-terceiro pilar estava vedada a acção por incumprimento – situação que se manteve até ao final do período transitório que terminou em 1 de Dezembro de 2014 –, não existe jurisprudência que forneça pistas a este propósito, ou seja, jurisprudência que auxilie na definição das concretas obrigações dos EM à luz do requisito das regras mínimas.

Em nossa opinião, no contexto da norma do art. 83.º do TFUE, *regras mínimas* equivale a *criminalização mínima*: a directiva estabelece um patamar *mínimo* para a criminalização, e os EM não podem *criminalizar menos* do que o assim estabelecido. Ou seja, a *fattispecie* definida ao nível nacional deve ser *tão severa quanto* o definido pelo instrumento harmonizador; ou, em termos mais adequadamente formulados, a *fattispecie* definida ao nível nacional deve assegurar o *nível mínimo de protecção do bem jurídico* definido pelo instrumento harmonizador. Todavia, parece ser possível aos EM, dentro evidentemente dos parâmetros constitucionais a que se encontrem vinculados, *criminalizar mais*. Em face do exposto, “*to introduce minimum rules is to introduce a one-way requirement*”²⁴⁹.

A este propósito, atente-se na Directiva 2014/57/UE relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado e na Directiva 2013/40/UE relativa a ataques contra os sistemas de informação. No primeiro

²⁴⁸ Para desenvolvimentos, A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 162 a 167 e 189; H G NILSSON, “How to combine...”; P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 110 e ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 62 e 63; P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 595 e 596.

²⁴⁹ P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 111. O Autor cita HECKER: “*The Member States thus remain free to criminalise also additional forms of behaviour/acts. They are, however, not allowed to criminalise less than that, which is required by the minimum rules by introducing additional prerequisites for punishment*”. Para P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 499, o “programa das ‘regras mínimas’” (o Autor referia-se ao vigente no terceiro pilar) reforça “a ideia de que a relação entre a integração europeia e o direito penal tende a constituir-se sob o signo da expansão do poder punitivo”. Mais recentemente, P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 595 em nota, mencionando esta “*one-legged jurisdiction*”, refere: “*undesirable as it might be, the ‘minimum rules scheme’ is currently a constituent part of the EU’s penal jurisdiction and will remain there as long as the Treaty is not amended*”. Em sentido paralelo, referindo que “a harmonização é ‘extensiva’” (“deixando aos Estados a liberdade de ir mais além e incriminar de uma forma mais ampla do que prevê o instrumento europeu”), A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 114; também M. FERREIRA MONTE, “Da legitimação e...”, p. 210 a 215.

caso, prevê-se, a título de exemplo, que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que o abuso de informação privilegiada, a recomendação ou a indução de terceiros à prática de abuso de informação privilegiada previstos nos n.ºs 2 a 8 constituam infracções penais, *pelo menos*, em casos graves e quando cometidos com dolo” (art. 3.º²⁵⁰). No segundo caso, e em sentido idêntico, vem estatuído que “[o]s [EM] devem tomar as medidas necessárias para assegurar que o acesso intencional e não autorizado à totalidade ou a parte de um sistema de informação seja punível como infracção penal caso a infracção seja cometida mediante a violação de uma medida de segurança, *pelo menos* nos casos que se revistam de alguma gravidade” (art. 3.º²⁵¹).

Aliás, nos considerandos da Directiva 2014/57/UE pode ler-se que “[d]ado que a presente directiva estabelece normas mínimas, os [EM] são livres de aprovar ou manter normas penais mais rigorosas aplicáveis ao abuso de mercado”, pelo que “[o]s [EM] podem prever, por exemplo, que a manipulação de mercado, efectuada com negligência simples ou com negligência grosseira, constitui uma infracção penal” (considerandos 20 e 21). E no considerando 18 da Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção refere-se, em paralelos e expressivos termos, que “[a]tendendo a que a presente directiva estabelece regras mínimas, os [EM] podem manter ou adoptar regras mais rigorosas para as infracções penais de contrafacção de moeda”.

A questão não é contudo absolutamente pacífica: a tese contrária, de que se encontra também expressão na doutrina, segundo a qual as “regras mínimas” são afinal sempre “regras máximas”, pode até ser apelativa no sentido em que pressupõe a recusa de um *enfoque mais repressivo*. Todavia, não cremos que a mesma encontre respaldo na solução que vem expressa no Tratado, em concreto no art. 83.º do TFUE²⁵².

²⁵⁰ Cfr. ainda o art. 4.º.

²⁵¹ Cfr. ainda os arts. 4.º, 5.º, 6.º e 7.º.

²⁵² Para V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 63, é errado defender que os EM possam *criminalizar mais*, uma vez que tal abordagem contraria a “visão” do art. 82.º, n.º 2, último parágrafo, do TFUE, relativo à harmonização processual, nos termos o qual “[a] adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem *um nível mais elevado de protecção das pessoas*”. Todavia, quanto a este ponto, parece-nos acertada a reflexão de P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 113, ainda que não abordando directamente o argumento de V. MITSILEGAS, quando refere que a noção de regras mínimas pode dizer *coisas diferentes* consoante o instrumento harmonizador respeite direitos de *defesa* (art. 82.º, n.º 2), direitos das *vítimas* (art. 82.º, n.º 2) ou à harmonização dos tipos penais (art. 83.º, n.ºs 1 e 2). Para o Autor, “*it is reasonable to assume that minimum rules as regards defence rights require a certain amount of defence rights (and allows the Member States to give the defendant more rights and more support than that provided for in the instrument in question) and that minimum rules as regards criminalisation requires a minimum of criminalisation (and allow the Member States to introduce proscriptions that go beyond, and criminalise more, than that which is required by the instrument)*”. Cfr. ainda, considerando que as “regras mínimas” são sempre “regras máximas”, H G NILSSON, “How to combine...”, p. 669. Para o Autor, “[i]t appears to

Sem prejuízo de nos parecer acertado o entendimento mais literal a respeito das *regras mínimas*, no sentido de que consentem aos Estados a liberdade de ir mais além e de incriminar de uma forma mais ampla do que prevê o instrumento europeu, parece-nos muito oportuna a abordagem *integrada* proposta por ANDRÉ KLIP²⁵³.

Com efeito, apesar de o critério das regras mínimas acoplado à directiva deixar uma margem de determinação relevante aos EM, o mesmo “não pode ser visto como uma carta branca para criar um sistema extremamente repressivo”. Por outro lado, “outras normas, como o princípio da proporcionalidade, podem contrabalançar definições amplas”. Ou seja, “o patamar superior da criminalização é determinado pela proporcionalidade em geral e, em particular, pela exigência de que a definição da conduta proibida não possa restringir injustificadamente as liberdades dos cidadãos”²⁵⁴.

Igualmente relevante é a afirmação de ANDRÉ KLIP segundo a qual os EM, no acto da transposição, devem ter em conta o *objecto* e o *espírito* do instrumento harmonizador: “esse ‘espírito’ deve demonstrar qual é a direcção pretendida, pelo que actuar contra esse espírito não é permitido”²⁵⁵. Nessa medida, caberá questionar perante cada instrumento harmonizador: “pretenderá limitar a criminalização, ou imporá a obrigação dirigida aos Estados-membros de criminalizar *pelo menos* as condutas descritas no instrumento legal?”²⁵⁶.

Em síntese, aos EM, no acto de transposição, caberá encontrar o equilíbrio certo, sempre considerando as exigências de proporcionalidade a que estão directamente subordinados por via das respectivas Constituições nacionais (no caso português, cfr. o art. 18.º, n.º 2, da CRP), do direito europeu (veja-se o art. 49.º, n.º 3, e o art. 52.º, n.º 1, da CDFUE) e do direito internacional (pense-se no caso da CEDH)²⁵⁷.

me that the ‘minimum rules (...) would not only be minimum, but also maximum rules and that they would in principle be not only ‘harmonising’ but also ‘unifying’ instruments in the real sense of the word’; essa conclusão é imposta, em sua opinião, por razões de lógica, certeza jurídica e respeito pelo princípio da unidade do mercado comum. Todavia, o Autor não desenvolve o alcance de tais razões. Para uma crítica à posição de NILSSON, também P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 595 e 596.

²⁵³ No que se segue, A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 162 e 189. Não concordamos com P. ASP, *ibidem*, quando parece assumir que a tese de KLIP e NILSSON são paralelas, já que os seus pressupostos são muito diversos.

²⁵⁴ A propósito da primeira exigência, cfr. Parte III. Note-se que para P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 121, tais limitações, apesar de muito relevantes, “do not flow from the positive criminal law competence of the EU, i.e., they do not follow from the instruments adopted under Article 83 TFEU”. Nessa medida, entende não haver uma relação directa e evidente entre tais limitações e o conceito de “regras mínimas”, o que não deixa de ser rigoroso. Também assim, P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 596, no final da nota.

²⁵⁵ A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 162.

²⁵⁶ A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 189.

²⁵⁷ M. M. DE MORALES ROMERO, *El legislador penal...*, p. 367 a 370, referindo-se concretamente ao problema das molduras penais, assinala que o legislador espanhol optou por penas excessivamente

A propósito do disposto nos arts. 49.º, n.º 3, e 52.º, n.º 1, da CDFUE, cumpre referir desde já – sem prejuízo de desenvolvimento na Parte III – que as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade também se repercutem na esfera dos EM: estes, ao transporem as directivas harmonizadoras, e ao conformarem a *norma penal* interna a partir do pressuposto das regras mínimas europeias, estão também eles subordinados às exigências advindas, entre o mais, do princípio da proporcionalidade. Não apenas pelo facto de o mesmo poder resultar das suas Constituições nacionais, mas igualmente porque, ao *aplicar o direito da União*, a isso se encontram vinculados nos termos do art. 51.º, n.º 1, da Carta.

5. Harmonização e outras bases jurídicas: o artigo 83.º do TFUE enquanto base jurídica exclusiva?

5.1. O problema em geral

Na vigência do Tratado de Amesterdão, e como já ficou identificado no 1.º Capítulo, assistiu-se a uma “batalha entre pilares”, ou seja, à discussão sobre o enquadramento da competência da Comunidade/União em matéria penal, de que são manifestação designadamente os Acs. *Ambiente*. Referimos também as tentativas empreendidas pela Comissão, bem como os posicionamentos críticos da doutrina, tendentes a sustentar a referida competência em outras bases jurídicas pertencentes ao TCE, i. e., ao quadro do primeiro pilar. A saber: o art. 280.º do TCE (ora, art. 325.º do TFUE), os arts. 94.º e 95.º do TCE (ora, arts. 115.º e 114.º do TFUE), o art. 308.º do TCE (ora, art. 352.º do TFUE) ou mesmo outros preceitos relativos a políticas comunitárias objecto de harmonização e relativamente às quais o direito penal devesse funcionar como *instrumento de execução*.

A clarificação da competência penal da União através do art. 83.º do TFUE, associada ao abatimento dos pilares e à “*comunitarização*” generalizada, veio resolver

elevadas na transposição de algumas DQ, indicando os casos relativos ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário, à luta contra o tráfico de seres humanos e ao auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares. Assim, em sua opinião, se os EM aproveitam o enquadramento da transposição de obrigações *comunitárias* para agravar as penas para além do que preveem as suas obrigações de tutela penal previstas nas DQ ou nas directivas, resulta coerente que o juiz nacional, e indirecta e limitadamente, o cidadão, possam pelo menos de uma forma restrita através da questão prejudicial dotar de efectividade a proporcionalidade penal.

grande parte dos problemas. A própria tese dos Acs. *Ambiente*, não obstante a grande maioria dos EM ter litigado contra aquelas que seriam as respectivas conclusões, acabaria por ficar integrada no texto do art. 83.º, n.º 2, do TFUE (isto sem prejuízo de se considerar não estar em causa uma verdadeira “constitucionalização” dos Acórdãos: a cronologia é, como se demonstrou, importante).

Assim, em nossa opinião, as iniciativas de harmonização que possam ser enquadradas no propósito de associar ao direito penal o papel de *instrumento de execução* das políticas da União têm cabimento no art. 83.º, n.º 2, e não *directamente* nas bases jurídicas referentes a essas mesmas políticas. Todavia, há que reconhecer que a opinião não é unânime: J. A. E. VERVAELE, por exemplo, referindo-se à directiva do abuso de mercado fundada no art. 83.º, n.º 2, lamenta que não tenha sido analisada a possibilidade de a medida ser enquadrada na base legal específica “*linked to the relevant policy area (financial services)*”²⁵⁸.

É certo que a base jurídica em que assenta a política europeia em questão continua a ser relevante; e isto na medida da determinação do procedimento decisório para a adopção da medida harmonizadora. Com efeito, o art. 83.º, n.º 2, do TFUE, prevê que as directivas penais serão adoptadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial *idêntico* ao utilizado para a adopção das medidas gerais²⁵⁹.

Todavia, o enquadramento da medida harmonizadora pelo art. 83.º, n.º 2, do TFUE, ao invés de directamente pelo preceito correspondente à política em questão, apresenta várias particularidades que se correlacionam com algumas garantias previstas pelo Tratado de Lisboa no domínio penal. Com efeito, o art. 83.º do TFUE prevê a possibilidade de accionamento do designado travão de emergência; e mais possibilita o especial controlo da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais nos termos previstos

²⁵⁸ J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, p. 66. Para o Autor, isso teria designadamente a vantagem de abranger o Reino Unido, país com o maior centro de serviços financeiros. O *Senato* italiano, na pronúncia que dirigiu à “proposta de directiva abuso de mercado” no âmbito do controlo da subsidiariedade, também alegou que considerando a posição especial do Reino Unido, a principal praça financeira europeia, deveria equacionar-se a possibilidade de elaboração de um regulamento; assente, portanto, embora o *Senato* não o especifique, numa base jurídica diversa do art. 83.º. Outros argumentos, relativamente a outras políticas, podem ser equacionados. No mesmo sentido parece apontar H. SATZGER, *International and European...*, p. 54, oferecendo vários exemplos de bases jurídicas “para lá” do art. 83.º (ex.: o art. 91.º, n.º 1, al. d), do TFUE, quanto à política dos transportes). E ainda V. MITSILEGAS, *European Criminal...Europe*, p. 68, num sentido que também parece favorável.

²⁵⁹ O AG Ján Mazék, nas suas Conclusões apresentadas no âmbito do processo C-405/05, antecipava uma crítica a este preceito: “...não é conveniente que a competência da Comunidade em matéria penal, tal como descrita, seja acoplada, seguindo a lógica *accessorium sequitur principale*, às competências específicas atribuídas à Comunidade”; “...parece-me problemático que as condições para a adopção de medidas relativas ao direito penal com base no pilar comunitário, e em especial o processo legislativo, dependam do domínio de acção da Comunidade em causa e variem em função do mesmo” (§ 120 e 121).

no art. 69.º do TFUE e no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Acresce ficar garantida a observância da regra da harmonização por via de directiva (sem possibilidade de recurso ao regulamento) tão-só definidora de regras mínimas.

As referidas especificidades podem parecer de somenos importância quando cotejamos as implicações da “batalha de pilares” na vigência de Amesterdão/Nice, já que o enquadramento das medidas harmonizadoras nos então terceiro ou primeiro pilar tinha implicações muito mais expressivas (cfr. 1.º Capítulo). Ainda assim, tais especificidades não devem ser desconsideradas, tendo em conta a sua relevância no sensível domínio da harmonização do direito penal substantivo (e processual).

Relativamente à questão de uma eventual utilização do regulamento ao invés da directiva, e sem prejuízo de maior desenvolvimento, verifica-se uma diferença fundamental: com a aprovação de um regulamento em matéria criminal, estaria (estará) em causa a criação de um direito penal verdadeiramente *supranacional*, de aplicabilidade directa nos EM e portanto sem mediação por qualquer lei nacional²⁶⁰.

A questão da base jurídica *continua* a importar²⁶¹.

O TJ pronunciou-se recentemente sobre um caso de *conflito de bases jurídicas*, que pode ter implicações, mesmo que indirectas, no tema “artigo 83.º, n.º 2, *versus* base jurídica das *políticas* comuns”. Neste Acórdão, estava em causa a Directiva 2011/82/UE, destinada no essencial a facilitar o intercâmbio de informações relativas a determinadas *infracções* rodoviárias e à execução transfronteiriça das *sanções* decorrentes dessas *infracções*.

O caso opôs a Comissão ao Parlamento e ao Conselho: a Comissão propusera que a directiva se fundasse no art. 91.º, n.º 1, do TFUE (ex-art. 71.º, n.º 1, do TCE), relativo à política comum dos transportes, mas o Parlamento e o Conselho optaram pelo art. 87.º, n.º 2, do TFUE, inserido no Capítulo 5 (“Cooperação policial”) do Título dedicado ao ELSJ²⁶².

²⁶⁰ Sobre a questão, H. SATZGER, *International and European...*, p. 46 e 47.

²⁶¹ Existe mais uma especialidade no recurso à base jurídica do art. 83.º do TFUE, mas não tão cara à generalidade dos EM: o estatuto especial da Dinamarca, do Reino Unido e da Irlanda. Com efeito, o recurso ao art. 83.º, e não a base jurídica diversa não enquadrada no ELSJ, possibilita a estes países fazerem pleno uso do seu estatuto especial. Sobre a questão, N. PIÇARRA, “O Tratado de...Justiça”, em especial p. 144 e ss.

²⁶² O primeiro preceito refere a possibilidade de serem adoptadas “medidas que permitam aumentar a segurança dos transportes”; o segundo refere a possibilidade de adopção de medidas sobre “recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio de informações pertinentes”.

O TJ deu razão à Comissão e anulou a directiva²⁶³, considerando, no essencial, que a directiva “tem por objectivo principal ou preponderante a melhoria da segurança rodoviária, que (...) constitui um objectivo central da política dos transportes da União; e que “embora seja verdade que a referida directiva implementa um sistema de intercâmbio transfronteiriço de informações relativas a infracções relacionadas com a segurança rodoviária, não é menos certo que este sistema é criado precisamente para que a União possa prosseguir o objectivo que consiste em melhorar a segurança rodoviária” (§ 36 e 37). Ou seja, o TJ, confrontado com uma directiva harmonizadora de dupla finalidade, entendeu que a base jurídica da *política comum* era a única legítima.

O Parlamento e o Conselho haviam argumentado, contrariamente, que a directiva prosseguia a título principal o objectivo de criar um sistema de intercâmbio de informações, integrando regras respeitantes à execução de sanções relativas a determinadas infracções tendo em vista “facilitar a sua repressão” (e por isso questões abrangidas por uma definição lata de “matéria penal”), só indiretamente prosseguindo finalidades relacionadas com a segurança rodoviária.

VALSAMIS MITSILEGAS²⁶⁴ considera, com interesse, que o Tribunal reitera “*the functional criminalisation approach*” adoptada nos Acs. *Ambiente*, mais assinalando que a “*law enforcement cooperation becomes the means to the end of the achievement of transport policy objectives*”. Nessa medida, o risco expansionista dessa abordagem manifesta-se, com o Acórdão a evidenciar uma interpretação favorável à adopção de medidas de *direito penal europeu* fora do quadro do Título V da Parte III do TFUE²⁶⁵. Com efeito, ao sobrevalorizar o argumento da *finalidade da política*, o Acórdão deixa sinais para futuros desenvolvimentos jurisprudenciais, já que o TJ parece demonstrar a possibilidade de tirar outros dividendos da jurisprudência *Ambiente*.

As *competence issues* não ficaram de facto todas resolvidas com o estabelecimento de uma base jurídica expressa no art. 83.º do TFUE. A demonstrá-lo – para além da questão da base jurídica associada às políticas comuns – estão ainda dois

²⁶³ Cfr. AcTJ, 6.5.2014, *Comissão/Parlamento e Conselho* (C-43/12). Note-se que após o Ac., e na sequência da anulação, foi adoptada a Directiva (UE) 2015/413, de 11.3.2015, fundada precisamente no art. 91.º, n.º 1, al. c), do TFUE (JO L 68, de 13.3.2015).

²⁶⁴ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 24.

²⁶⁵ V. MITSILEGAS, *ibidem*, assinala, em termos que já vão referidos, que aceitar esse efeito significa um desafio para a posição particular dos EM, na medida em que ficam afastadas as salvaguardas (“*sovereignty and legal diversity safeguards*”) associadas ao Título V.

preceitos algo duvidosos quando perspectivados do ponto de vista das competências de harmonização: o art. 325.º e o art. 86.º, ambos do TFUE. A sua consideração pode condicionar qualquer certeza sobre o papel exclusivo a desempenhar pelo art. 83.º do TFUE enquanto base jurídica da harmonização. Vejamos.

5.2. O caso específico da “luta contra a fraude”: os artigos 325.º e 86.º do TFUE²⁶⁶

O TFUE refere-se à protecção dos interesses financeiros da União em quatro dos seus preceitos: o art. 85.º dispõe que as funções da Eurojust podem incluir, desde logo, “a abertura de investigações criminais e a proposta de instauração de acções penais (...), em especial as relativas a infracções lesivas dos interesses financeiros da União”; o art. 86.º prevê a criação de uma Procuradoria Europeia com a finalidade principal de “combater as infracções lesivas dos interesses financeiros da União”; o art. 310.º menciona que “a União e os Estados-Membros combatem as fraudes e quaisquer outras actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União”; e o art. 325.º dedica-se às formas de lograr essa “luta contra a fraude” (cfr. a epígrafe do capítulo), não dispensando os verbos “defender”, “proteger” e “combater”²⁶⁷.

A tutela dos interesses financeiros da União não é uma exigência recente, já que a “luta contra a fraude” (expressão do TFUE) lesiva desses interesses tem estado, nas últimas décadas, no centro dos debates sobre a respectiva competência em matéria penal.

É aliás no âmbito da protecção dos respectivos interesses financeiros – considerando os recursos financeiros como o “*lifeblood*”²⁶⁸ das políticas da União e não se ignorando a fragmentariedade da sua tutela – que se tem vindo a discutir com maior expressividade uma competência da UE para criar normas penais unificadas, com o propósito de criação de um sistema verdadeiramente supranacional. Pense-se no texto do *Corpus Juris*.

As razões justificativas do apelo à necessidade de uma política que adequadamente proteja tais interesses financeiros prendem-se, por um lado, com a

²⁶⁶ Seguimos, com adaptações várias, o nosso “A ‘luta contra...’”.

²⁶⁷ Para uma análise do art. 325.º, abordando as temáticas do *princípio da assimilação*, da *harmonização*, dos *documentos oficiais*, dos *documentos académicos*, do *OLAF*, da *perseguição da fraude e infracções afins no direito nacional*, P. SOUSA MENDES, “Artigo 325.º”; ainda do Autor, “Os poderes do OLAF...”.

²⁶⁸ Expressão de F. DE ANGELIS, “La protezione giuridica...”.

indispensabilidade dos recursos financeiros, de carácter vital para as instituições e políticas europeias. Nos termos do art. 311.º do TFUE, “a União dota-se dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas”, o que traduz a vinculação da política financeira aos objectivos consagrados nos Tratados²⁶⁹. Não é pois de estranhar o relativo consenso na doutrina quanto ao reconhecimento de tais interesses financeiros como o fundamental “bem jurídico próprio da União”. Afirmar-se mesmo que o orçamento comunitário representa o interesse comum *par excellence*, um interesse que é *ipsa natura* supranacional e cuja necessidade de protecção ultrapassa as fronteiras nacionais²⁷⁰.

Por outro lado, assinala-se que os fundos ou recursos financeiros da União são alvo atento das cada vez mais complexas e sofisticadas organizações criminosas, operantes num contexto internacional, que veem na fraude oportunidades de lucro com riscos reduzidos em virtude da fragmentariedade e descontinuidade da tutela no espaço europeu. E mesmo que não se fale de uma fenomenologia de criminalidade transnacional e complexa, sempre se afirma a prolixidade das condutas fraudulentas ou irregulares, também elas nocivas numa perspectiva de impacto orçamental global²⁷¹.

Alguns Autores têm-se dedicado ao estudo destes casos de fraude, dando exemplos ilustrativos das condutas em causa, quer do ponto de vista do impacto nas receitas, quer nas despesas da União²⁷². De forma meramente exemplificativa, pode invocar-se um caso de declaração fraudulenta sobre a origem de determinados bens com o objectivo de evadir ao pagamento de direitos aduaneiros, que ficou célebre por ter dado origem ao Ac. *Milho Grego* (referido no 1.º Capítulo).

Não obstante a relevância dos esforços desenvolvidos no plano administrativo²⁷³, várias vozes autorizadas se manifestaram sustentando a respectiva

²⁶⁹ Assim K. TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho...*, p. 102, considerando que essa vinculação demonstra que não se trata apenas de impedir prejuízos financeiros, mas que se há-de proteger o processo de realização dos objectivos.

²⁷⁰ Assim F. DE ANGELIS, “La protezione giuridica...”, p. 42. Para M. FERREIRA MONTE, “Da legitimação e...”, p. 195 e 196, “os interesses financeiros da União constituem um bem jurídico com um recorte tal que deve impor uma tutela específica”; “têm uma identidade jurídica assumida e tipicamente europeia”.

²⁷¹ Para uma visão geral dos números – que não deixam de suscitar algumas reservas, sobretudo por não ser clara a distinção quantitativa entre fraude e mera irregularidade e entre crime e deficiente gestão nos EM –, COM (2011) 595 final – 29.9.2011.

²⁷² Cfr., exemplificativamente, S. WHITE, *Protection of the...*; A. NIETO MARTÍN, *Fraudes Comunitarios (Derecho...*

²⁷³ Num primeiro momento, ainda nos anos 90, e considerando a reconhecida ausência de competência penal da Comunidade, a protecção dos seus interesses financeiros foi sendo promovida através de um “sistema sancionatório comunitário” (administrativo). Um dos momentos mais relevantes na afirmação e desenvolvimento desse sistema foi o da prolação do AcTJ, 27.10.1992, *Alemanha/Comissão* (C-240/90), num caso em que a República Federal Alemã peticionava a anulação de um conjunto de normas que

insuficiência, sobretudo considerando a natureza claramente supranacional do bem jurídico em causa, merecedor e carente de tutela penal harmonizada ao nível europeu. Demos conta no 1.º Capítulo da importância do Ac. *Milho Grego*, dos trabalhos do *Corpus Juris*, da Convenção PIF, bem como da discussão em torno das bases jurídicas dos arts. 209.º-A e, mais tarde, 280.º, do TCE.

Os primeiros sinais de uma verdadeira alteração de paradigma nesta matéria foram revelados pelo Tratado Constitucional, em particular considerando o seu art. III-415.º, aliado à expressiva abolição da construção em pilares. Com efeito, o referido preceito, substituindo o art. 280.º do TCE, suprimiu a restrição prevista no final do n.º 4, segundo o qual as medidas adoptadas na luta contra a fraude não poderiam dizer “respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça dos Estados-Membros”. Mais consagrou que uma lei ou lei-quadro europeia pudesse estabelecer medidas *necessárias* “nos domínios da prevenção das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e do combate contra essas fraudes”.

As soluções acolhidas no malogrado Tratado Constitucional no domínio penal viriam a ser incorporadas no Tratado de Lisboa. O art. 280.º do TCE, entretanto projectado em art. III-415.º do Tratado Constitucional, transformou-se em art. 325.º no TFUE.

O art. 325.º retoma em parte a formulação do art. III-415.º, nomeadamente no que se refere à supressão da parte final do n.º 4 do ex-art. 280.º. No entanto,

estabeleciam sanções a aplicar pelas autoridades nacionais aos agentes económicos que tivessem cometido irregularidades no âmbito das ajudas à agricultura. Este Ac., ainda que limitado à matéria da PAC, é considerado muito relevante na afirmação da legitimidade da Comunidade para estabelecer sanções administrativas, não meramente reparatórias (ou seja, sanções que excedam a simples restituição de uma prestação indevidamente paga), a serem aplicadas pelos sistemas nacionais. Reputando-se necessária, na afirmação deste sistema sancionatório comunitário, a aprovação de um quadro jurídico comum que precisasse alguns aspectos da disciplina de tais sanções e garantisse uma maior uniformidade de aplicação a nível nacional, foram aprovados dois importantes instrumentos: a) o Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95, de 18.12., relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, que integra uma “regulamentação geral em matéria de controlos homogéneos e de medidas e sanções administrativas relativamente a irregularidades no domínio comunitário”; b) o Regulamento (Euratom, CE) n.º 2185/96 do Conselho, de 11.11., relativo às inspecções e verificações no local efectuadas pela Comissão para proteger os interesses financeiros das Comunidades contra a fraude e outras irregularidades, pelo qual se regulamentou a autorização dada à Comissão para realizar *on-the-spot-checks* a qualquer agente económico destinatário de um benefício financeiro comunitário. Ainda no plano administrativo, mas ao nível institucional, há que destacar a criação do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), pela Decisão da Comissão de 28.4.1999, cuja competência em matéria de realização de inquéritos ficou definida pelo Regulamento (CE) n.º 1073/99 do Parlamento e do Conselho e pelo Regulamento (Euratom) n.º 1074/99 do Conselho. Com o objectivo de reforçar a resposta à fraude, corrupção e outras actividades lesivas dos interesses financeiros comunitários, ao OLAF foi atribuída a função de exercer as competências da Comissão em matéria de inquéritos administrativos externos – nos EM e em países terceiros –, bem como a função de efectuar inquéritos administrativos internos, no seio das instituições, órgãos e organismos comunitários.

diferentemente do art. III-415.º, que admitia que a aproximação pudesse ocorrer por lei-quadro ou lei (regulamento), o art. 325.º apenas refere que tal será feito por “medidas” adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, nada especificando quanto ao respectivo instrumento. Mas não excluindo o regulamento.

A questão que se suscita é, pois, a de saber se o art. 325.º do TFUE legitima a intervenção penal da União fora dos condicionalismos e constrangimentos da norma do Tratado que especificamente disciplina a sua intervenção no âmbito penal – o art. 83.º do TFUE.

A este propósito podemos voltar a citar LORENZO PICOTTI²⁷⁴ (que então analisava o art. III-415.º do Tratado Constitucional, mas cujo raciocínio é inteiramente aplicável ao art. 325.º do TFUE), defensor da existência de um âmbito de competência penal da União colocado “*al di fuori*” do capítulo dedicado ao ELSJ. Segundo o Autor, não é por acaso que o texto do art. III-271.º (hoje, art. 83.º do TFUE) não menciona a “luta contra a fraude”. No seu entender, esta seria objecto de uma “*especial e autónoma* disciplina contida no art. III-415.º” (hoje, art. 325.º do TFUE). O Autor acaba por concluir que esse preceito representaria uma específica base jurídica para a criação de um núcleo de direito penal europeu intenso, posto ao serviço das finanças europeias; um verdadeiro e próprio sistema penal supranacional.

GIOVANNI GRASSO²⁷⁵ contestou este entendimento, afirmando (com referência ao art. III-321.º do Projecto do Tratado) que no sistema do Tratado Constitucional (hoje, TFUE) o direito penal é recebido por uma secção do título dedicado ao ELSJ, onde se prevê uma possibilidade exclusiva de harmonização. Ora, a configuração de um sistema penal supranacional deve encontrar fundamento numa base jurídica clara e não ambígua, que não podia ser constituída pelo ex-art. 280.º, nem poderia ser constituída pelo art. III-321.º do Projecto de Tratado Constitucional (hoje, art. 325.º do TFUE).

A Comissão tomou partido neste debate, na sua recente Proposta de Directiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, de 2012²⁷⁶. Isto ao invocar expressamente como base legal da proposta o art. 325.º, n.º 4, do TFUE, sem qualquer articulação com o art. 83.º. E ainda ao assinalar, quanto ao instrumento jurídico escolhido, que “a fim de estabelecer disposições harmonizadas de direito penal em matéria de protecção dos interesses

²⁷⁴ L. PICOTTI, “Diritto penale comunitario...”, p. 361 e ss.

²⁷⁵ G. GRASSO, “*Prefazione. Il Corpus...*”, p. 25. Seguimos, sobre o entendimento de PICOTTI e GRASSO, o que escrevemos em *Um Ministério Público Europeu...*, p. 74.

²⁷⁶ COM (2012) 363 final – 11.7.2012.

financeiros da União e proporcionar simultaneamente aos Estados-Membros um certo grau de flexibilidade quanto à forma de impor disposições mais rigorosas, a directiva é o instrumento adequado”. Parece ter ficado subliminarmente afirmado pela Comissão, até por também referir que neste âmbito “a União dispõe de uma vasta gama de instrumentos à sua disposição”, que seria admissível a opção por instrumento *diverso* – ou seja, um regulamento, nos termos do art. 325.º e por oposição ao art. 83.º.

Todavia, o Conselho da União, através dos seus Serviços Jurídicos, emitiu uma opinião recusando o art. 325.º do TFUE enquanto base jurídica legítima para a nova directiva PIF, insistindo que a mesma se fundasse no art. 83.º, n.º 2, do TFUE²⁷⁷.

Participando neste debate, entendemos ser complexo do ponto de vista jurídico sustentar, contrariando o defendido pela Comissão, que o art. 325.º não possa efectivamente legitimar a adopção de um instrumento autónomo tendente à harmonização do direito penal neste específico âmbito, *maxime* de um regulamento. Recorde-se que o preceito se refere a “medidas necessárias” nos domínios da prevenção e do combate à fraude, sem especificar a sua natureza, mas não excluindo a possibilidade de um regulamento (o predecessor art. III-415.º admitia mesmo expressamente essa possibilidade).

Os dados a favor da referida possibilidade poderão considerar-se expressivos: i) a evolução do texto normativo desde a redacção originária do ex-art. 280.º, com a relevante supressão da parte final do n.º 4, ou seja, desaparece a ressalva segundo a qual *estas medidas não dirão respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos EM*; ii) a tão preocupante “fraude contra os interesses financeiros da UE” não vir enunciada como um dos “euro-crimes” do art. 83.º, sendo certo que existe um relativo consenso quanto à consideração destes interesses como o bem jurídico próprio da União – aliás, mesmo a genérica “fraude” antes referida no art.

²⁷⁷ *Vd. Opinion of the Legal Service* (15309/12), 22.10.2012. Para os Serviços Jurídicos do Conselho, a supressão no art. 325.º do TFUE de menção equivalente àquela que constava no art. 280.º, n.º 4, do TCE, “*should be read in conjunction with the insertion of the new legal basis in Article 83(2) TFEU which was meant to tackle all cases where the EU legislature needs to harmonise the definition of criminal offences and sanctions in order to make other (non-criminal law) EU harmonised measures more effective*”. Assim, “*given the clear and precise wording of Article 83(2) TFEU, which refers explicitly to ‘approximation of criminal laws and regulations’ through the establishment of ‘minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions’, and the absence of any limitations of its scope in relation to the subject-matter of the proposed Directive, the CLS is of the opinion that a legislative proposal that aims at ‘defining criminal offences and sanctions’ (Article 1 of the proposed Directive) cannot eschew Article 83(2) TFEU as a legal basis in favour of a provision such as Article 325(4) TFEU*”.

29.º do TUE não consta do catálogo do art. 83.^{o278}; iii) a clara alteração da vontade política dos EM quanto à expressa previsão de uma competência da UE para legislar em matéria penal (sem a anterior dicotomia Comunidade/União ou primeiro pilar/terceiro pilar então plena de sentido), a afastar as interpretações mais restritivas antes justificáveis²⁷⁹.

Ao exposto vem ainda acrescer a circunstância de o domínio PIF ter assumido uma importância significativa no TFUE, com a previsão de uma base legal expressa para a criação de uma Procuradoria Europeia, com o *fim principal de combater as infracções lesivas dos interesses financeiros da União* (art. 86.º). Ora, é difícil perspectivar a criação e bom funcionamento da Procuradoria sem um *corpus* de direito penal unificado que conforme a sua competência *ratione materiae*.

Note-se, aliás, que o próprio art. 86.º do TFUE poderá ser perspectivado – ainda que com dúvidas relevantes – como base jurídica legitimadora de iniciativas de *unificação*, via regulamento, do direito penal substantivo no domínio PIF²⁸⁰. Embora o

²⁷⁸ Considerando que o art. 83.º do TFUE consubstancia a norma que disciplina os termos e condições em que podem ser adoptadas medidas de harmonização do direito penal substantivo, afigura-se estranho que a fraude lesiva dos interesses financeiros da União – que esteve, de forma tão expressiva, no centro dos debates sobre a competência penal da Comunidade e foi força motriz de tão relevantes desenvolvimentos normativos e institucionais – não esteja especificamente elencada no art. 83.º. Ou seja, reconhecida como domínio que legitima desde logo, sem necessidade de eventual alargamento, a intervenção penal da União.

²⁷⁹ E que aliás seguimos, quanto ao ex-art. 280.º do TCE, no nosso *Um Ministério Público...*, p. 67 a 72. No entanto, também então escrevemos, p. 72 a 75, considerando o art. III-415.º do Tratado Constitucional, o seguinte: “A supressão da parte final do n.º 4 [do ex-artigo 280.º], aliada a toda a lógica evolutiva do Tratado Constitucional no domínio da harmonização penal (tendo em conta a abolição dos pilares), pode ser interpretada como um sinal de alteração da *vontade política* dos Estados-Membros. Perdem-se, pois, alguns dos argumentos da linha interpretativa, segundo a qual a Comunidade não tem competência para legislar em matéria penal neste domínio da protecção dos interesses financeiros comunitários, que se fazia à luz do artigo 280.º: suprime-se a última parte do n.º 4 (que impunha o limite a que já fizemos referência e reforçava a interpretação restritiva com que concordávamos) e verifica-se uma alteração na *vontade política* dos Estados-Membros, ao que se alia a abolição da estrutura assente em pilares”.

²⁸⁰ Sobre o tema, contrapondo teses defendidas pela doutrina, mas negando a possibilidade, R. SICURELLA, “Setting up a...”, p. 894. Para a Autora, a atribuição de uma “*full competence in substantive criminal law*”, enquanto possibilidade de criação de um corpo, mesmo que limitado, de direito penal supranacional, careceria de uma base jurídica expressa no Tratado. No seu entender, tal base jurídica expressa não se encontra num preceito vago e genérico como o do art. 86.º do TFUE, que tem por objectivo definir “*the ‘constitutional framework’ of the new organ and its competences*”. Mais assinala que o regulamento (ou regulamentos) referido no art. 86.º do TFUE é adoptado de acordo com um processo legislativo especial, que prescinde da co-decisão do PE, o que na sua óptica suscitaria sensíveis questões do ponto de vista do défice democrático associado à criação desse corpo de direito penal supranacional. Mas note-se que a Autora considera, de *iure condendo*, que a criação da Procuradoria Europeia deve estar efectivamente associada a um *corpus* de direito penal supranacional; considera todavia necessária a instituição de base jurídica para o efeito. Sobre este assunto, mas num sentido mais favorável à hipótese, considerando que o preceito é “*open enough not to exclude the adoption of substantive EU criminal law on fraud*”, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 67. Admite também essa possibilidade, A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 86.º, p. 452; e em “O Tratado de...”, p. 186, nota.

art. 86.º se integre no mesmo quadro normativo do art. 83.º (Título V), a opção por esta base jurídica teria implicações significativas ao nível do procedimento legislativo, da intervenção das instituições e ainda, muito relevantemente, do instrumento jurídico²⁸¹.

O art. 86.º, n.º 2, vem dispor que a Procuradoria é competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento “os autores e cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União *determinadas* no regulamento a que se refere o n.º 1” (destaque nosso), ou seja, aquele que institua a Procuradoria Europeia. Defendemos noutra sede²⁸², cotejando as versões inglesas, espanhola, italiana e francesa, a possibilidade de a versão portuguesa incorporar um erro de tradução. Mas é também verdade que, das traduções referidas, apenas a inglesa parece afastar *expressamente*, e sem margem para dúvida, a possibilidade de o regulamento que institui a Procuradoria Europeia determinar/definir as *fattispecie* das infracções.

À luz da versão portuguesa, parece que a interpretação mais fiel à letra do preceito admitiria que as infracções lesivas dos interesses financeiros da União, ou seja, os “euro-crimes” da competência da Procuradoria, seriam *determinadas* no regulamento que criasse o órgão, contrariando a regra da directiva do art. 83.º (não existe vírgula que separe as expressões “determinadas” e “infracções” e ambas concordam em género e número).

A versão inglesa (“[t]he European Public Prosecutor’s Office shall be responsible for investigating (...) offences against the Union’s financial interests, as determined by the regulation...”), ao utilizar a expressão “as determined” precedida de vírgula, parece apontar para um equivalente a “tal como determinado” (no sentido de “tal como indicado”²⁸³). Ou seja, a Procuradoria teria um conjunto de competências relativamente aos autores e cúmplices dos crimes em questão, *tal como determinado* no regulamento que a criaria. A expressão determinaria uma conexão, não à tipificação dos crimes, mas à matéria das concretas competências da Procuradoria.

No entanto, as versões francesa, espanhola e italiana não utilizam, qualquer uma delas, expressão equivalente à inglesa. Mas também não acompanham inteiramente a versão portuguesa. No caso da versão espanhola (“...*infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento...*”), “definidos” não concorda em género com “infracciones”. Na versão francesa (“...*d’infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union, tels que déterminés par le règlement*”

²⁸¹ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 67.

²⁸² No nosso *Um Ministério Público...*, p. 171 a 175.

²⁸³ Assim, R. SICURELLA, “Setting up a...”, p. 894.

prévu...”), “*tels que déterminés*” não concorda em género com “*infractions*”. Em ambas as versões, existe porém concordância de número e género entre “*definidos*” e “*tels que déterminés*” com “*intereses financieros*” e “*intérêts financiers*”, respectivamente; ou seja, a admitir a possibilidade de considerar que o que será definido no regulamento que cria a Procuradoria são, não as infracções, mas simplesmente os interesses financeiros da União a proteger (por mais singular que tal interpretação possa afigurar-se). Já na versão italiana (“...*di reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, quali definiti dal regolamento previsto*”), “*quali definiti*” tanto se pode reportar a “*reati*” como a “*interessi finanziari*”, o que não permite sanar definitivamente a dúvida.

A Comissão, propondo a criação de uma Procuradoria Europeia nos termos do art. 86.º, optou por não fundar a correlacionada proposta harmonizadora dos *crimes contra as finanças comunitárias* no art. 86.º, n.º 2. Fê-lo, como referido, a partir da base jurídica do art. 325.º expressando a sua *opção* pelo instrumento directiva.

Referíamos que os dados evolutivos em favor da admissão do art. 325.º do TFUE enquanto norma habilitante de medidas de harmonização do direito penal substantivo em matéria de “luta contra a fraude” lesiva dos interesses financeiros da União – o referido *bem jurídico próprio* – são juridicamente ponderosos.

Não obstante o exposto, e em contraponto, sublinhamos que aceitar que a luta contra a fraude está assumida como caso diverso e que o art. 325.º contém uma disciplina “especial e autónoma”, colocada à margem do título dedicado ao ELSJ, tem um especial significado no domínio da harmonização do direito penal substantivo.

Com efeito, significa, não apenas admitir jogar fora do condicionalismo de que a harmonização penal é sempre conduzida por *directivas*, que para além do mais definem apenas *regras mínimas* (cfr. art. 83.º, n.ºs 1 e 2, em comparação com art. 325.º), como sustentar a inaplicabilidade do mecanismo de salvaguarda previsto no n.º 3 do art. 83.º (travão de emergência²⁸⁴); mais significa assumir a não especialidade do controlo da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais (cfr. os limiares definidos no art. 7.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade,

²⁸⁴ Defendendo contudo que o travão de emergência tem aplicação por analogia também no contexto do art. 325.º do TFUE, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 155 e 156; e H. SATZGER, *International and European...*, p. 81 e 82. Mas os Autores divergem num ponto: enquanto P. ASP defende que a aplicação analógica tem sentido quer se trate da adopção de uma directiva quer de um regulamento, H. SATZGER sustenta que tal aplicação deve restringir-se ao caso da directiva.

aplicáveis aos projectos legislativos adoptados ao abrigo do art. 83.º mas não já aos que tenham por base o art. 325.º)²⁸⁵.

Em síntese, significa admitir a subversão dos equilíbrios alcançados pelo Tratado de Lisboa no que respeita à intervenção penal da União, traduzidos no título dedicado ao ELSJ, mais concretamente na cuidadosa (ainda que não isenta de eventuais dúvidas e/ou críticas) conformação do regime de harmonização substantiva instituído no art. 83.º.

As referidas reservas são tanto mais relevantes quanto os propósitos de intervenção normativa no domínio PIF vão muito além da mera definição harmonizada ou unificada de fraude. Abrangem ainda, como resulta bem evidenciado na proposta de directiva de 2012, e resultava já desde o *Corpus Juris*, “outras formas de comportamentos ilegais relacionados com a fraude que lesam o orçamento da UE, nomeadamente a corrupção, o branqueamento de capitais e a obstrução aos processos de adjudicação de contratos públicos”.

Por outro lado, numa perspectiva ainda crítica, assinalamos que a aceitação de uma *diversa* competência penal da União, colocada fora do art. 83.º, pode ser difícil de limitar ao caso do art. 325.º do TFUE, ou seja, ao caso restrito da luta contra a fraude – donde, a subversão assinalada pode ter um alcance ainda mais profundo. Aliás, bem vistas as coisas, se a discussão sobre a competência penal da Comunidade sempre se centrou no domínio PIF, a verdade é que foi num *diverso* domínio que tal competência penal pela primeira vez ganhou consagração jurisprudencial e manifestação normativa. Referimo-nos aos Acs. *Ambiente* e às duas directivas (“ambiente” e “poluição por navios”) que lhes seguiram.

Com efeito, terá de reconhecer-se a possibilidade de que venha a ser defendido, a partir do precedente do reconhecimento do art. 325.º enquanto base jurídica admissível, que o art. 83.º *não esgota afinal* a disciplina da harmonização do direito penal substantivo. Ou seja, que venham então a ser chamadas à colação disposições que, originárias do antigo TCE, foram sendo afirmadas como bases jurídicas suficientes para justificar a competência penal da então Comunidade (primeiro pilar). Pense-se não apenas no ex-art. 280.º, mas também nos ex-arts. 94.º e 95.º e 308.º do TCE, versão de

²⁸⁵ Significa ainda, com relevo para os países a que se reportam, considerar afastado o sistema de *opt outs* vigente para os actos adoptados ao abrigo da base jurídica do art. 83.º (vd. Protocolos n.ºs 21 e 22, sobre as posições do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda). Sobre este assunto, cfr. o *supra* referido documento dos Serviços Jurídicos do Conselho.

Amesterdão, hoje arts. 115.º e 114.º e 352.º do TFUE²⁸⁶. Ou ainda no ex-art. 135.º do TCE, ora art. 33.º do TFUE, preceito que continha uma ressalva equivalente àquela que figurava no ex-art. 280.º, n.º 4, do TCE, mas que ora desapareceu (base jurídica para crimes aduaneiros?)²⁸⁷. Mais se refiram as possibilidades de enquadramento de propostas no art. 79.º do TFUE, designadamente em matéria de tráfico de seres humanos²⁸⁸.

Ao aceitar-se o art. 325.º do TFUE como base jurídica legítima, não nos parece que seja impossível então sustentar ao nível doutrinal, jurisprudencial e/ou das propostas normativas concretas que, e a título meramente exemplificativo, a protecção penal do euro tem incidência directa no funcionamento do mercado único nos termos e para os efeitos da base jurídica do art. 114.º do TFUE²⁸⁹. Não será também a moeda única, a par com os interesses financeiros da União, outro bem jurídico *próprio* da União considerando a “*all ‘hardcore’ [EU] monetary policy*”²⁹⁰?

Note-se que, como recorda SAKARI MELANDER, o uso destas *diversas* bases

²⁸⁶ Chamando a atenção para esta realidade, E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension...*, *passim*. Sobre este preceito, veja-se a posição do TC Alemão, no seu Ac. sobre o Tratado de Lisboa, § 325 a 328, estabelecendo uma exigência adicional no âmbito do ordenamento jurídico alemão: o representante alemão no Conselho só poderá expressar acordo formal em nome da República Federal da Alemanha, perante uma proposta da Comissão assente nesta base jurídica (art. 352.º), após ratificação pelo *Bundestag*. Tal exigência é justificada, na óptica daquele Tribunal, pela “*indefinite nature of future application of the flexible clause*”. Todavia, considerando a reflexão de N. PIÇARRA, “O Tratado de...vigência”, p. 31, não fará sentido desconfiar de uma “suposta ‘voracidade competencial’” da União com base neste artigo. O Autor assinala, *ibidem*, a propósito da circunstância do art. 352.º ser objecto de duas declarações anexas à Acta Final que aprovou o Tratado de Lisboa, o seguinte: “[p]erpassa aqui de novo a desconfiança já assinalada em relação à União e à sua suposta ‘voracidade competencial’, como se não estivesse sujeita a um sistema de freios e contrapesos de natureza constitucional e como se a expansão de competências que em certa fase ela de facto conheceu por aplicação do antecessor do artigo 352.º não fosse decisivamente promovida pelos Estados-Membros actuando de acordo com uma lógica intergovernamental”. Com efeito, convém não esquecer que o accionamento do art. 352.º do TFUE pressupõe a unanimidade no Conselho.

²⁸⁷ Assim, H. SATZGER, *International and European...*, p. 56. Contra, P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 160 e 161, reforçando que o preceito apenas se refere ao reforço da cooperação aduaneira. Mas veja-se, assente nesta base jurídica, a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao quadro jurídico da União respeitante à legislação aduaneira e respectivas sanções (COM (2013) 884 final – Bruxelas, 13.12.2013), a apreciar na Parte II, 2.º Capítulo.

²⁸⁸ H. SATZGER, *International and European...*, p. 56; ainda M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of Core...”, p. 26. No entanto, a invocação dessa norma como passível de constituir uma base jurídica para medidas de harmonização em matéria de tráfico de seres humanos não é porventura muito convincente, já que o art. 83.º claramente inclui o tráfico de seres humanos no seu específico catálogo, com o que perderia todo e qualquer sentido útil. Note-se que a directiva já adoptada neste contexto recorreu efectivamente à base jurídica do art. 83.º do TFUE.

²⁸⁹ Como refere J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”, p. 13, o argumento do mercado único é abrangente no que se refere a justificar a acção da União, já que potencialmente qualquer diferença nas leis dos diversos EM é passível de ser vista como constituindo uma possível distorção nas condições de concorrência entre os Estados, ou como um impedimento ao funcionamento do mercado comum. Mas veja-se, quanto a certos limites, o Ac. “publicidade do tabaco” sobre a base jurídica do art. 100.º-A do TCE (depois, 95.º do TCE) – cfr. Parte II, 3.º Capítulo. Trata-se do AcTJ, 5.10.2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-376/98).

²⁹⁰ J. A. E. VERVAELE, “Harmonised Union policies...”, p. 58.

jurídicas, ao não permitir o recurso ao travão de emergência e ao sistema de *opt-outs* (para além das restantes especificidades a que fizemos referência, destacando-se a harmonização por via de *directiva*), “*would thus simply be more effective*”²⁹¹. Este argumento da *effectiveness* tem sido caro ao TJUE designadamente no domínio penal, tal como demonstra um Acórdão recentemente proferido precisamente no especial contexto da protecção dos interesses financeiros da União, a analisar com mais detalhe no ponto que se segue – Ac. *Taricco*.

Alguns Autores têm vindo a manifestar-se contra a referida corrente interpretativa desde logo promovida pela Comissão, insistindo na consideração do art. 83.º enquanto *lex specialis*²⁹². Assim o considerou também, como visto, o Serviço Jurídico do Conselho.

Ainda assim, e como referido *supra*, pelo menos do ponto de vista formal e à luz da evolução de que se deu conta, há que reconhecer a razoabilidade de uma interpretação favorável a uma especial competência penal da União neste domínio, aceitando portanto a legitimidade do art. 325.º enquanto base jurídica autónoma²⁹³. Tratar-se-á, com efeito, de interpretação *conforme ao sistema*.

Mas o reconhecimento da razoabilidade de uma interpretação que sustente uma competência especial no domínio do art. 325.º é feito sem prejuízo da afirmação da necessidade de observar os princípios que regulam o exercício dessa mesma competência, designadamente os da *subsidiariedade* e da *proporcionalidade*. E isto é especialmente importante quanto à opção pelo recurso à *directiva* ou ao regulamento: o art. 325.º possibilita o recurso ao regulamento e a criação de um direito penal

²⁹¹ S. MELANDER, “Effectiveness in EU...”, p. 298.

²⁹² Assim, por exemplo, S. PEERS, “EU Criminal Law...”, p. 518, referindo que o novo art. 83.º constitui *lex specialis* e considerando “*irrelevant that the Court of Justice has ruled that at least some provisions of the current EC Treaty confer criminal law competence on the Community, because the current legal framework would be fundamentally altered by the Treaty of Lisbon in order to introduce a specific legal base dealing precisely with this issue*”.

²⁹³ Fala-nos precisamente da *razoabilidade* dessa interpretação P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 147. Desenvolvidamente sobre o tema, R. SICURELLA, “Setting up a...”, p. 895 a 898. A Autora adopta uma posição de premeio: considera que o art. 325.º do TFUE constitui uma base jurídica válida para as iniciativas legislativas no domínio PIF, mas, relativamente à criação de direito penal, apenas admite o cenário da harmonização via *directiva* (sem os vários constrangimentos do art. 83.º, e portanto com “*wider room for intervention*”), mas não já o da unificação via regulamento. Quanto à *possibilidade* da referida interpretação, com uma análise detalhada do problema, oferecendo argumentos em sentido contrário, cfr. ainda P. CAEIRO, “A jurisdição penal...”, p. 183 e 185; também em “The relationship between...”, p. 596 e 597, considerando, desde a óptica do princípio da legalidade, que tal solução necessitaria de alterações constitucionais ao nível nacional e europeu. Admitindo o art. 325.º como base jurídica, mesmo legitimando um regulamento, I. FERREIRA LEITE, “Direito Penal Europeu...”, p. 355 e 356.

supranacional, mas não o impõe.

Pode até sustentar-se que quanto mais extensivamente interpretadas forem as competências da União em matéria penal, mais sentido fará apelar àqueles princípios reguladores do seu exercício. Como refere HELMUT SATZER – que aliás advoga uma leitura ampla das competências da União em matéria penal – “tendo em conta a actual competência para adoptar direito penal supranacional, será ainda mais importante respeitar rigorosamente os princípios da subsidiariedade (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do TUE) e da proporcionalidade (artigo 5.º, n.º 4, do TUE)”. Mais acrescenta que “[n]o que diz respeito ao princípio da subsidiariedade, deve notar-se que a adopção de normas penais está estreitamente ligada à soberania dos Estados-Membros, pelo que a necessidade da acção da União deve satisfazer exigências particularmente elevadas”²⁹⁴.

Sem prejuízo de tudo o exposto, o balanço dos interesses subjacentes é contudo extremamente complexo: caso a directiva PIF se destine a conformar a competência material de uma eventual Procuradoria Europeia, então, do ponto de vista da criação desse novo órgão, será difícil não reconhecer o argumento da mais-valia de um regulamento.

Com efeito, por via da aprovação de uma directiva PIF, continuará a existir, não um único sistema de tutela dos interesses financeiros da União através do direito penal, mas vinte e oito diversos regimes jurídicos, ainda que parcialmente *aproximados*. Será essa a base de trabalho da futura Procuradoria Europeia, na medida em que conformará a sua competência *ratione materiae*; o que suscita a dificuldades enunciada designadamente por J. A. E. VERVAELE quando, entre o mais, sublinha a dependência do nível e qualidade da implementação da directiva em cada um dos EM²⁹⁵.

²⁹⁴ H. SATZGER, *International and European...*, p. 57. Em sentido próximo, R. SICURELLA, “Setting up a...”, p. 897.

²⁹⁵ Cfr. J. A. E. VERVAELE, “The material scope...”, p. 12; ainda R. SICURELLA, “Setting up a...”, p. 897.

3.º CAPÍTULO – A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA PENAL

1. A incidência *negativa*: a *neutralização* da norma penal interna²⁹⁶

Conforme se referiu no 1.º Capítulo, mesmo antes de se poder falar de uma verdadeira “competência *comunitária* em matéria penal” era já imperioso reconhecer a importante influência *negativa* exercida pelo direito europeu sobre o direito penal dos EM, confinando os seus limites. É o que PEDRO CAEIRO identifica na vigência de Maastricht como os “*efeitos penais negativos* do direito comunitário”; de que também dava conta ANTONIO CUERDA RIEZU na vigência do Tratado de Roma²⁹⁷.

Referimo-nos à profusa jurisprudência do TJ no âmbito das respectivas pronúncias sobre a (des)conformidade com o direito europeu de normas penais internas: quer no contexto da acção de incumprimento, quer do reenvio prejudicial, e tendo sempre por subjacente o princípio do primado do direito da União. Como taxativamente se referiu no Ac. *Sagulo*, logo em 1977, “as autoridades nacionais não têm o direito de punir a violação de uma norma incompatível com o direito comunitário”²⁹⁸.

No âmbito desta jurisprudência está sobretudo em causa aferir da admissibilidade de derrogações/restrições nacionais às liberdades reconhecidas pelos Tratados (livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais), cabendo ao juiz da União articular os interesses conflituantes: aqueles subjacentes à norma europeia pretensamente violada, por um lado, e aqueles subjacentes à norma nacional derogatória ou restritiva, por outro. Note-se todavia que o *conflito*²⁹⁹ pode

²⁹⁶ A presente análise é mais breve do que a constante do subseqüente ponto 2 (incidência *positiva*), essencialmente por se tratar de tema mais trabalhado inclusive pela doutrina portuguesa – cfr. notas *infra*, destacando-se a obra de P. CAEIRO, *Fundamento Conteúdo e...*

²⁹⁷ Cfr. P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 190. A. CUERDA RIEZU, “¿Ostentan ius puniendi...”, p. 624 e 624, fala-nos ilustrativamente da “*destrucción de normas penales*” ou da “*faceta negativa de destrucción del Derecho penal*”. Sobre o tema do *efeito penal negativo* (e do *efeito penal positivo*) do direito europeu, cfr. P. CAEIRO, na obra citada, e também em *Direito Penal e...*; numa análise muito aprofundada das “*prohibitiones puniendi*” (e das “*obligationes puniendi*”), o mesmo Autor, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 440 e ss. Cfr. ainda H. G. SEVENSTER, “Criminal Law and...”; A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 87 e ss.; e “Um sistema sancionatório...”, p. 327 e ss.; L. DUARTE D’ALMEIDA, *Direito Penal e...*, p. 43 a 51; M. DELMAS-MARTY, “The European Union...”, referindo-se, p. 90, quanto à incidência de natureza negativa, a uma “*neutralisation of penal law by community law*”; H. SATZGER, *International and European...*, p. 65 a 70 e p. 93 a 99.

²⁹⁸ AcTJ, 14.7.1977, *Sagulo e o.* (C-8/77), § 6.

²⁹⁹ Para P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 445 e 446, “[o] pressuposto do problema é o de que existe uma *concorrência de normas*, porque o Estado manteve ou criou uma norma formalmente

ocorrer entre a norma nacional e as referidas liberdades nos sobreditos termos, mas também entre a norma nacional e outras normas de direito primário ou até derivado da União; em especial, quanto ao direito derivado, pensa-se no conflito com regulamentos, mas também sob certas condições com directivas não transpostas ou deficientemente transpostas (cfr. o Ac. *Ratti*³⁰⁰ e os Acs. *Bordessa* e *El-Dridi*, *infra*).

Na apreciação de normas penais internas que possam colidir com o direito europeu, tornando-se *inaplicáveis* no caso concreto, o TJ adopta na sua jurisprudência diferentes *modus operandi*.

Por um lado, o Tribunal pode examinar a norma penal interna – as mais das vezes tem em vista a norma preceptiva interna que impõe deveres de natureza essencialmente administrativa, para cuja infracção está cominada uma sanção penal³⁰¹ – apreciando a sua conformidade com o direito europeu; designadamente, no âmbito que mais nos interessa, “trabalhando” os fundamentos da restrição/derrogação nacional à liberdade reconhecida pelo direito europeu à luz do princípio da proporcionalidade³⁰².

Por outro lado, o juiz da União pode “tão-só” apreciar a proporcionalidade da própria pena ou sanção aplicável, também à luz daquele princípio da proporcionalidade (por vezes combinado com o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade³⁰³). À partida, o Tribunal só prosseguirá para este segundo teste, pronunciando-se sobre a desconformidade da sanção, na hipótese de não ter desde logo considerado a norma nacional de proibição (a *norma de comportamento*) incompatível com o direito da União. Mas nada parece impedir que aprecie as duas questões (cfr. o Ac. *Messner*, ainda que apenas brevemente quanto à proporcionalidade da sanção). Tal pode mesmo justificar-se pelo modo como a dúvida é formulada pelo órgão de reenvio,

incompatível”, afirmando que “talvez não possa falar-se aqui de *conflito*, dado que o critério da prevalência é fixado em abstracto, em atenção à *proveniência* da norma, e não através da eleição de um elemento de conexão consoante a *matéria* de que se trate”. Referindo-se a *conflito*, H. SATZGER, *International and European...*p. 95.

³⁰⁰ AcTJ, 5.4.1979, *Ratti* (C-148/78).

³⁰¹ Definição de P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 441.

³⁰² Existem casos em que o TJ não chega a apreciar o problema à luz do princípio da proporcionalidade, por considerar que a restrição/derrogação nacional é inadmissível *tout court*. A nossa análise restringe-se aos casos que relevam da aplicação do princípio da proporcionalidade, por assim se estabelecer uma ligação com a Parte III.

³⁰³ *Vd.* o AcTJ, 25.2.1988, *Drexler* (C-299/86), em especial § 18 e 25. Como afirma M. DELMAS-MARTY, “The European Union...”, p. 97, apreciando o caso, “the principle of non-discrimination (...) is, if appropriate, combined with that of proportionality, so that domestic penal law may be neutralised”. No mesmo contexto, mas no sentido da admissibilidade da norma interna, o AcTJ, 14.12.1979, *Henn e Derby* (C-34/79).

ou pelo modo como o TJ entende guiar a resolução do caso, abrindo várias vias de ponderação ao juiz nacional³⁰⁴.

Na lógica do presente ponto, interessam-nos, como referido, os casos que relevam da aplicação do princípio da proporcionalidade. Mas convirá reiterar que o problema das “*prohibitiones puniendi*” não se esgota nessa dimensão³⁰⁵.

Tomando um exemplo clássico, o do Ac. *Casati*³⁰⁶, estava em causa um pedido dirigido ao TJ por um tribunal italiano destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos arts. 67.º, 69.º, 71.º, 73.º e 106.º do Tratado CEE, de modo a aferir da conformidade de certas disposições da lei italiana sobre o controlo de câmbios. Isto no âmbito de um processo penal promovido contra um cidadão italiano, residente na Alemanha, acusado de ter tentado exportar de Itália, sem a autorização prevista na lei italiana sobre o controlo de câmbios, designadamente uma soma de marcos alemães. O TJ pronunciou-se nos seguintes termos, dando nota de jurisprudência constante:

“27. Em princípio, a legislação penal e as normas de processo penal permanecem na competência dos Estados-Membros. Todavia, resulta claro de jurisprudência reiterada do Tribunal que, também nesta área, o direito comunitário define certos limites no que respeita às medidas de controlo que permite aos Estados-Membros manter no quadro da livre circulação de bens e pessoas. As medidas administrativas ou repressivas não devem ir além do que é estritamente necessário, as modalidades de controlo não devem ser concebidas de tal forma que restrinjam as liberdades requeridas pelos Tratados, e não podem ser acompanhados por uma sanção

³⁰⁴ Sobre a questão das várias opções do TJ e do inerente papel dos tribunais nacionais no âmbito do controlo da proporcionalidade, T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 238 e ss. O Autor sistematiza as seguintes “opções” do juiz da União: “[i]t may decide that the national measure does not interfere excessively with a fundamental freedom”; “[i]t may decide that the national measure interferes excessively with a fundamental freedom and is therefore in breach of the principle of proportionality”; “[i]t may give detailed guidelines as to what the principle of proportionality requires leaving it to the national court to apply the principle in the circumstances of the case”; “[i]t may provide only minimal guidelines leaving it in effect totally to the national court to decide the issue” (o Autor dá exemplos de Acs. para cada “opção” e apresenta algumas razões justificativas para os diversos modos de proceder). Também sobre o papel dos tribunais nacionais na apreciação da proporcionalidade, e sobre a nebulosidade de fronteiras entre interpretação e aplicação da lei pelo TJ nos casos do reenvio prejudicial no contexto da proporcionalidade, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 711 e ss. Para o Autor, apesar de ao TJ caber interpretar as normas pertinentes dos Tratados e aos tribunais nacionais aplicar essa interpretação aos factos do caso, o certo é que a teoria e a prática nem sempre andam de mãos dadas. Aliás, se compararmos o caso *Watson* com o caso *Messner* (cfr. Anexo II) verificamos duas formas de proceder distintas.

³⁰⁵ Para uma abordagem sistémica, por todos, P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 440 e ss.

³⁰⁶ AcTJ, 11.11.1981, *Casati* (C-203/80) (no texto, tradução nossa).

que seja tão desproporcionada em relação à gravidade da infracção que se torne num obstáculo ao exercício dessa liberdade”.

O TJ acabaria por não retirar consequências decisivas para o caso *sub iudice* da afirmação precedente, atendendo às circunstâncias concretas do caso. Mas é a doutrina expressa naquele § 27, que sistematiza aliás os termos de outro arrestos, que mais releva nesta sede.

A referida jurisprudência reiterada, expressiva desta incidência negativa do direito europeu sobre o direito penal interno, é demonstrada por numerosos Acórdãos. Podem destacar-se, entre muitos outros, os Acs. *Watson*, *Pieck*, *Messner*, *Richardt*, *Bordessa*, *Skanavi*, *Radiossistemi*, *Placanica* ou (em domínio algo diverso) *El-Dridi*, todos proferidos no contexto do reenvio prejudicial³⁰⁷; e ainda o Ac. *Comissão/Alemanha* proferido no contexto de uma acção de incumprimento³⁰⁸.

Obs.: na medida em que se trata de tema já algo desenvolvido pela doutrina, e de modo a não onerar demasiado a presente exposição, remete-se o leitor para a sistematização dos Acórdãos que consta do Anexo II; optando-se, nesta sede, pela reflexão mais conclusiva que se segue.

Da análise dos referidos Acórdãos verifica-se, em síntese, que o princípio da proporcionalidade opera nestes casos de *neutralização* da norma nacional em diferentes perspectivas.

Umás vezes, o princípio concorre para medir a *adequação, necessidade e/ou proporcionalidade em sentido estrito* de uma derrogação/restricção nacional a uma liberdade comunitária, vertida em norma de comportamento. Por exemplo, *Watson* e *Messner* quanto ao dever de efectuar uma declaração de estada; *Radiossistemi* quanto ao dever de homologar equipamentos rádio de acordo com um procedimento de homologação nacional; *Placanica* quanto à proibição de recolher apostas sem a

³⁰⁷ Cfr. AcTJ, 7.7.1976, *Watson and Belmann* (C-118/75); AcTJ, 3.7.1980, *Regina/Pieck* (C-157/79); AcTJ, 12.12.1989, *Messner* (C-265/88); AcTJ, 4.10.1991, *Richardt* (C-367/89); AcTJ, 23.2.1995, *Bordessa e o.* (C-358/93 e apenso); AcTJ, 29.2.1996, *Skanavi e Chryssanthakopoulos* (C-193/94); AcTJ, 20.6.2002, *Radiossistemi* (C-388/00 e apenso) (ainda, no mesmo domínio, AcTJ, 28.3.1979, *Rivoira* (C-179/78)); AcTJ, 6.3.2007, *Placanica* (C-338/04 e apensos); AcTJ, 28.4.2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU).

³⁰⁸ AcTJ, 30.4.1998, *Comissão/Alemanha* (C-24/97).

concessão ou a autorizações exigidas; ou *Bordessa* quanto ao dever de fazer uma declaração ou requerer uma autorização prévias para a exportação de divisas³⁰⁹.

Outras vezes, assente o juízo de legitimidade da derrogação/restricção nacional ou pelo menos aberta essa possibilidade, a proporcionalidade opera na aferição da conformidade da própria sanção: a norma de conduta pode até ser neutral do ponto de vista de uma qualquer desconformidade com o direito europeu, mas a sanção apresentar-se como desproporcionada. Por exemplo, *Watson, Pieck e Messner* quanto a uma sanção tão desproporcionada à gravidade da infracção que se transformaria num entrave à livre circulação; *Richardt* quanto a uma sanção desproporcionada em relação ao fim prosseguido por existir outra suficiente e menos onerosa; *Comissão/Alemanha* quanto a uma sanção tão *desmesuradamente diferente* que viola o princípio da não-discriminação; ou, algo inovadoramente, *Skanavi* quanto à possibilidade de a própria *condenação penal* ter consequências desproporcionadas.

Pese embora a relevância do princípio da proporcionalidade nesta sua qualidade de norma de controlo, parece-nos ser de concordar com PEDRO CAEIRO³¹⁰ quando afirma que a “chamada ‘incidência negativa’ do direito comunitário sobre a jurisdição prescritiva penal dos Estados-membros tem sido, de facto, puramente reflexa e esporádica, não correspondendo a valorações especificamente criminais [“os parâmetros que aí operam encontram-se exclusivamente no direito comunitário ‘comum’”³¹¹], nem, por maioria de razão, a um discurso racional, coerente e reflexivo sobre as margens da ilicitude penal”.

Mais recentemente, ainda com relevo em sede de aplicação do princípio da proporcionalidade, pode referir-se mais desenvolvidamente o importante Ac. *El-Dridi*³¹², caso que suscitou uma questão de conformidade do direito penal italiano com a designada “Directiva retorno”³¹³. Estava em causa um processo penal promovido contra

³⁰⁹ Veja-se ainda o AcTJ, 16.5.1989, *Buet e o./Ministère public* (C-382/87). Trata-se de caso em que o TJ não neutralizou a norma penal nacional, por considerar que o obstáculo à livre circulação de mercadorias, corporizado na proibição de promoção de vendas porta-a-porta de material de aprendizagem de uma língua estrangeira proveniente de outro EM, era conforme com o princípio da proporcionalidade. O Tribunal aprecia, designadamente, a adequação e a necessidade da proibição.

³¹⁰ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 497.

³¹¹ Interpolação nossa, mas a partir da pronúncia do Autor, *ibidem*, p. 498.

³¹² AcTJ, 28.4.2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU). Sobre o caso, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 73 e 74. Cfr. ainda a Tomada de Posição do AG J. Mazák apresentada em 1.4.2011.

³¹³ Directiva 2008/115/CE do PE e do Conselho, de 16.12.2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos EM para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (JO L 348, 24.12.2008).

um nacional de país terceiro, condenado a uma pena de prisão de um ano pelo crime de permanecer ilegalmente no território italiano sem motivo justificado, em violação de uma ordem de afastamento contra si emitida.

O Acórdão ressalta em diversas passagens as exigências de *proporcionalidade* contidas em numerosas disposições da directiva (cfr. § 38 a 45), mais esclarecendo, no seguimento de jurisprudência reiterada, que “quando o Estado não transpõe uma directiva para o direito nacional no prazo previsto na directiva ou a transpõe incorrectamente, os particulares têm o direito de invocar contra esse Estado as disposições dessa directiva que se revelem incondicionais e suficientemente precisas” (§ 46).

Ora, segundo o TJ, “embora, em princípio, a legislação penal e as normas do processo penal sejam da competência dos Estados-Membros, este domínio do direito pode, não obstante, ser afectado pelo direito da União” (§ 53, com referência a jurisprudência anterior, incluindo o Ac. *Casati*); donde, “apesar de nem o artigo 63.º, primeiro parágrafo, ponto 3, alínea b), CE, disposição reproduzida no artigo 79.º, n.º 2, alínea c), TFUE, nem a Directiva 2008/115 (...) excluírem a competência penal dos Estados-Membros no domínio da imigração clandestina e da residência ilegal, estes últimos devem estabelecer a sua legislação nesse domínio de modo a garantir a observância do direito da União” (§ 54). Em especial, “os referidos Estados não podem aplicar uma legislação, mesmo em matéria penal, susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos prosseguidos por uma directiva e, por isso, privá-la do seu efeito útil”, desde logo considerando o princípio da cooperação leal (cfr. § 55 e 56).

Assentes os referidos pressupostos, conclui o Tribunal:

“57. No tocante, mais especificamente, à Directiva 2008/115, recorde-se que, nos termos do seu décimo terceiro considerando, aquela sujeita expressamente o recurso a medidas coercivas à observância dos princípios da proporcionalidade e da eficácia no que respeita aos meios utilizados e aos objectivos prosseguidos.

58. Consequentemente, os [EM] não podem prever, para remediar o fracasso das medidas coercivas tomadas para proceder ao afastamento forçado nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da referida directiva, uma pena privativa de liberdade, como a prevista (...), somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem para deixar o território nacional e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua irregularmente presente no território de um [EM], antes devendo os

[EM] prosseguir os seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos.

59. Com efeito, uma pena desta natureza, atendendo nomeadamente às suas condições e regras de aplicação, pode comprometer a realização do objectivo prosseguido pela referida directiva, a saber, a instauração de uma política eficaz de afastamento e de repatriamento dos nacionais de países terceiros em situação irregular (...).”.

O arresto foi sobretudo conduzido pela lógica da *effectiveness*, derivada do princípio da cooperação leal e do inerente primado, mas desta feita no sentido que temos vindo a observar neste ponto da *neutralização* da norma repressiva. O princípio da proporcionalidade, norteador do sentido das disposições relevantes da directiva cuja eficácia incumbia garantir, e nela expressamente acolhido, ocupa um papel muito relevante na dinâmica argumentativa do Acórdão³¹⁴.

Para VALSAMIS MITSILEGAS esta decisão manifesta que o princípio da proporcionalidade “serve, pois, como salvaguarda contra a extensão excessiva dos poderes nacionais de *enforcement* em casos que envolvem a Justiça e Assuntos Internos da União e a sua implementação”³¹⁵. Todavia, apesar de sublinharmos a sua importância, não nos parece que este caso possa em definitivo afastar a conclusão geral enunciada a partir de PEDRO CAEIRO³¹⁶.

2. A incidência *positiva*: no sentido da expansão do poder punitivo

O TJUE tem-se pronunciado, em casos de grande significado, em termos que já têm sido identificados como demonstrativos de “uma mudança significativa da relação entre direito penal e União Europeia, em grande parte mediada por um uso algo desprendido [“*disinvolto*”] do instrumento judiciário por excelência neste domínio: o reenvio prejudicial”³¹⁷.

³¹⁴ O TJUE viria a pronunciar-se em sentido paralelo, ainda que com *nuances*, em outros casos recentes: cfr. AcTJ, 6.12.2011, *Achughbabian* (C-329/11); AcTJ, 6.12.2012, *Sagor* (C-430/11); AcTJ, 19.9.2013, *Filev e Osmani* (C-297/12) (pedidos de decisão prejudicial apresentados por tribunal francês, italiano e alemão, respectivamente); e ainda AcTJ, 7.6.2016, *Affum* (C-47/15).

³¹⁵ V. MITSILEGAS, “Article 49”, p. 1367.

³¹⁶ Cfr. ainda, do mesmo Autor, mais recentemente e com idêntica conclusão, “The relationship between...”, p. 580 e 581.

³¹⁷ S. MANACORDA, “La garanzie penalistiche...”, p. 4. Também V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe, passim*, refere um “*transformative effect*”. Sobre o reenvio prejudicial, e a sua relação com

Interessa-nos nesta sede referir alguma da jurisprudência pós-Lisboa, a qual, mesmo após a definição algo estabilizada de um quadro de competência da União em matéria penal, continua a modelar e a redefinir os seus termos; muito em especial, a modelar as relações entre o direito da União e o direito penal (e processual penal) dos EM por via do mecanismo do reenvio prejudicial. Apesar do foco na jurisprudência mais recente, não deixarão de referir-se Acórdãos relevantes proferidos na vigência dos Tratados de Amesterdão e Nice, na medida da sua relevância e (pelo menos parcial) actualidade. Está essencialmente em causa a perspectiva da incidência *positiva* do direito europeu sobre o direito penal interno³¹⁸, sob o signo da expansão do poder punitivo.

Em 2005, no conhecido caso *Pupino*³¹⁹, o TJ proferiu uma decisão relevante no âmbito das relações entre o direito da União e o direito (processual) penal nacional, fazendo estender uma doutrina do primeiro pilar ao contexto do terceiro.

Neste Acórdão, já brevemente referido no 1.º Capítulo, um tribunal italiano – no âmbito de um processo penal promovido contra uma educadora de infância por maus tratos a menores –, perante a lei italiana que limitava aos processos por crime sexuais a faculdade de o juiz de instrução criminal recorrer à produção antecipada de prova e a formas especiais de recolha e produção de prova, suscita perante o TJ uma dúvida quanto à interpretação dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da DQ relativa ao estatuto da vítima em processo penal³²⁰. Em causa estava a possibilidade, não prevista no processo penal relativamente aos crimes em causa, de inquirir as testemunhas menores em momento anterior ao do julgamento e em certas condições destinadas a proteger a sua dignidade, intimidade e serenidade, bem como assegurar a genuinidade da prova, em termos então requeridos pelo Ministério Público.

o efeito directo e o primado, há que relembrar, a partir de N. PIÇARRA, “Nos 50 Anos...”, p. 120, que “o acórdão *Van Gend en Loos* marca o início da transformação do reenvio prejudicial num instrumento de fiscalização jurisdicional do cumprimento, pelos Estados-Membros, das obrigações que lhes incumbem por forma do direito da UE” (cfr. ainda N. PIÇARRA, “A justiça constitucional..”, p. 479). Para uma análise do referido Ac., bem como dos Acs. *Costa contra ENEL* e *Simmmenthal*, o Autor, *ibidem*. Ainda D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 27, identificando o reenvio prejudicial como “pedra angular do sistema jurisdicional da UE, ao abrigo do qual se estabeleceu a sólida cooperação, embora por vezes não isenta de tensões, entre o TJ e os tribunais nacionais”.

³¹⁸ Para uma visão recente sobre a incidência negativa, identificada enquanto “*decriminalisation*”, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 73 e 74; cfr. ainda, quanto a este *ius non puniendi*, a análise *supra*, ponto 1.

³¹⁹ AcTJ, 16.6.2005, *Pupino* (C-105/03). Vejam-se ainda as Conclusões da AG J. Kokott, apresentadas em 11.11.2004.

³²⁰ Tratava-se da DQ do Conselho de 15.3.2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal (2001/220/JAI).

Não obstante as objecções dos Governos italianos, francês, sueco, britânico e francês³²¹, o Tribunal considerou que o *princípio da interpretação conforme* se impunha também relativamente às decisões-quadro adoptadas no âmbito terceiro pilar, pelo que o órgão jurisdicional de reenvio, ao aplicar o direito nacional, e chamado a proceder à sua interpretação, estava obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da DQ em causa; isto por forma a atingir o resultado visado por esta última. Ou seja, o Tribunal explicitou no âmbito do terceiro pilar, nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL e NUNO PIÇARRA, “um dos corolários do princípio do primado, que é o princípio da interpretação conforme do direito nacional em conformidade com o direito da UE e, concretamente, com as decisões-quadro adoptadas nos termos do artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do TUE”³²².

O Tribunal limitou (ou reiterou) o alcance da *interpretação conforme* “pelos princípios gerais de direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade”, que designadamente se opõem a que a obrigação de interpretação conforme possa conduzir a desencadear ou a agravar a responsabilidade criminal (§ 44 e § 45)³²³. Todavia, considerou que “as disposições que são objecto do presente pedido de decisão prejudicial não têm por objecto a extensão da responsabilidade penal da interessada, mas o processo e os meios de produção de prova”; assim concluindo, com base numa implícita distinção entre regras processuais e substantivas, que não se suscitariam problemas relacionados com a violação do princípio da legalidade.

O Ac. *Pupino* tem dois significados muito relevantes.

Por um lado, ao estabelecer o princípio da obrigatoriedade da interpretação do direito nacional em conformidade com as decisões-quadro, por analogia com o princípio de idêntico conteúdo estabelecido para as directivas³²⁴, o TJ procurou uma “*bridge between the pillars*”³²⁵ com relevância constitucional. A questão perdeu interesse

³²¹ Os Governos intervenientes ressaltavam a diferença substancial entre a directiva e a DQ designadamente quanto ao consagrado não efeito directo desta última, mais “insistindo nomeadamente no carácter intergovernamental da cooperação entre os Estados-Membros no quadro do título VI” (§ 26).

³²² D. FREITAS DO AMARAL e NUNO PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 12, em nota. Os Autores advertem todavia que o Título VI do TUE, no contexto do ex-terceiro pilar, levantava “obstáculos inultrapassáveis a que o seu direito prime sobre o direito dos Estados-Membros em termos idênticos ao direito comunitário, ao excluir expressamente o efeito directo dos actos jurídicos vinculativos que enumera”.

³²³ E mais esclareceu que o princípio da interpretação conforme não poderia servir de fundamento “a uma interpretação *contra legem* do direito nacional” (§ 47); definindo ser necessário que “o órgão jurisdicional nacional tome em consideração, sendo caso disso, o direito nacional *no seu todo* para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro” (destaque nosso).

³²⁴ Assim N. PIÇARRA, “O espaço de...perspectivas”, p. 31.

³²⁵ E. SPAVENTA, “Opening Pandora’s Box...”, p. 24.

prático com a erosão dos pilares operada pelo Tratado de Lisboa, mas é importante, quando vista em conjunto com os Acs. *Ambiente*, para evidenciar a tentativa do TJ em lograr a “normalização” da competência penal comunitária, procurando diluir quando lhe foi possível as fronteiras entre os pilares. Nessa medida, entre os Acs. *Ambiente* e *Pupino*, na sua estrutural divergência e no seu distinto grau de importância, logra-se uma leitura comum.

Não nos parece que a referida leitura seja polémica, no sentido de que parece não existir dúvida de que num e noutro caso o TJ pretendeu superar as dificuldades associadas à fragmentariedade dos pilares; NUNO PIÇARRA refere os “impulsos racionalizadores e unificadores” do Ac. *Pupino*³²⁶, e também do Ac. *Ambiente*³²⁷.

No entanto, ambos os Acórdãos consentem interpretações ou valorações diversas a esse propósito. Por um lado, para além da invocação do referido argumento da fragmentariedade, pode negar-se a bondade intrínseca do ex-terceiro pilar, inclusivamente reconhecendo-lhe o défice democrático inerente à ausência de participação do PE, nessa medida aplaudindo as tentativas de superação pretoriana; mais assinalando que a matéria penal nunca esteve totalmente isenta de uma certa “comunitarização”. De um lado oposto, pode criticar-se o Tribunal por não ter levado a sério os limites do princípio da atribuição, não respeitando a vontade dos “donos do Tratado”; ou seja, por não ter actuado numa lógica de *restraint* que lhe era imposta pela estrutura intergovernamental rígida, mesmo que a espaços mitigada, do terceiro pilar (com as suas importantes regras, designadamente a da unanimidade do Conselho). Esses posicionamentos críticos serão postos em evidência, com mais detalhe, na Parte II, 3.º Capítulo (por referência, em especial, ao Ac. *Ambiente*).

O Ac. *Pupino* tem ainda importância pelo lado da *questão penal* propriamente dita: a relacionada com o alcance do princípio da legalidade. Com efeito, o Tribunal veio admitir que um acto de direito derivado (a DQ) pudesse dar lugar, por via da

³²⁶ N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 266: “O que precede ilustra bem o carácter fragmentado, complexo e mesmo confuso do quadro decisório e normativo que é actualmente o do ELSJ, assim como a sua não correspondência a uma ‘lógica de construção eficaz’. Importa, por isso mesmo, analisar os impulsos racionalizadores e unificadores que têm vindo das próprias instituições da UE e, muito em especial, do Conselho Europeu e do TJ” – cfr., para essa análise, p. 266 e ss. Sobre a intervenção do TJ, o Autor refere-se em especial ao Ac. *Pupino* na perspectiva da questão do sistema de fontes (aproximação da eficácia jurídica da DQ daquela que dispõe a directiva). Em sentido algo paralelo, analisando o caso *Pupino*, A. MIRANDA RODRIGUES, “O Tratado de...”, p. 188, refere que esta “comunitarização”, afirmada pelo Tribunal, “favorece, indiscutivelmente, a realização efectiva do direito penal europeu, objectivo claramente pretendido pelo Tribunal, tendo em conta o seu défice de aplicação e a necessidade sentida de o superar”; veja-se ainda E. SPAVENTA, “Opening Pandora’s Box...”, designadamente, p. 24.

³²⁷ N. PIÇARRA, “A União Europeia...”, p. 325.

interpretação conforme, a uma possível releitura da norma processual penal nacional relativa à admissibilidade dos meios de prova³²⁸.

STEFANO MANACORDA refere, quanto a esta última questão, que “a circunstância de a decisão ter ficado confinada ao âmbito do processo penal, assume uma aparenta valia tranquilizadora”³²⁹. Todavia, também refere que essa impressão de tranquilidade pode ser relativizada pela ideia de uma certa “fluidez das linhas de fronteira entre direito e processo penal” (pense-se no caso da prescrição). ELEANOR SPAVENTA, por sua vez, em anotação ao Acórdão, assinala “as dificuldades encontradas no estabelecimento de uma clara linha divisória entre o que agrava a responsabilidade criminal e o que não”³³⁰.

Ainda em 2005, o TJ proferiria o Ac. *Berlusconi*³³¹, convocando, não um problema de *interpretação conforme*, mas de eventual *desaplicação de normas nacionais* mais favoráveis ao arguido; de qualquer forma, estava subjacente a afirmação do princípio do primado³³².

Neste caso, também de reenvio prejudicial, tratou-se de questionar a compatibilidade do direito penal italiano com uma directiva relativa à protecção dos sócios e de terceiros no domínio de actividade das sociedades comerciais, que designadamente impunha aos EM a previsão de “sanções apropriadas” para a “falta de publicidade do balanço e da conta de ganhos e perdas”. A questão foi suscitada no âmbito de um processo penal promovido contra três cidadãos italianos por crimes relacionados com falsificações contabilísticas, estando em causa, simplisticamente, a tentativa do órgão jurisdicional de reenvio de “salvar” o processo crime, por via da desaplicação de nova lei. Com efeito, considerando a entrada em vigor de *nova lei mais*

³²⁸ Assim, S. MANACORDA, “La garanzie penalistiche...”, p. 12.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ E. SPAVENTA, “Opening Pandora’s Box...”, p. 12 e 13. Por essa razão, a Autora afirma, embora em geral aplaudindo o Ac. na vertente da aproximação da eficácia jurídica da DQ à directiva: “*it would have been preferable for the Court to clearly state that the principle of consistent interpretation can never be used to the detriment of the defendant, regardless of the nature of the rules in question*”.

³³¹ AcTJ, 3.5.2005, *Berlusconi e o.* (C-387/02 e apensos).

³³² Como refere N. PIÇARRA, “Nos 50 Anos...”, p. 120, “no ordenamento da União, os princípios do efeito directo e do primado e o reenvio prejudicial formam um ‘trio inseparável’” (cfr. o Autor para aprofundada análise sobre cada um dos elementos do trio). Sobre o princípio do primado, refiram-se os clássicos: AcTJ, 15.7.1964, *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64); AcTJ, 9.3.1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal* (C-106/77); AcTJ, 19.6.1990, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (C-213/89). Cfr. ainda a Declaração n.º 17 anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa. Sobre o primado, designadamente sobre a sua génese, evolução, conteúdo e alcance, D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”; ainda N. PIÇARRA, *ibidem*.

favorável aos arguidos, tais novas disposições, ao converterem anteriores *delitti* em *contravvenzioni*, tinham por consequência impedir que os factos pudessem ser objecto de procedimento penal, designadamente, mas não só, por força da sua prescrição³³³.

Estava em causa – novamente simplisticamente, já que as questões prejudiciais suscitadas são complexas, cfr. § 37 a 41 – determinar se seria possível interpretar as novas disposições nacionais de acordo com o direito comunitário, *maxime* com a directiva *supra* referida e com o art. 5.º do TCE na esteira do Ac. *Milho Grego* (sanções *efectivas, proporcionadas e dissuasivas*).

O Tribunal começou por considerar que “os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito o Tribunal de Justiça garante”, inspirando-se, designadamente, nas “tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros”, sendo que “o princípio da aplicação retroactiva da pena mais leve faz parte [dessas] tradições constitucionais comuns” e por isso “faz parte dos princípios gerais de direito comunitário que o juiz nacional deve respeitar” (§ 66 a 69). Mais considerou o Tribunal, na esteira da sua jurisprudência reiterada, que “uma directiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra ele”, especificando que, no contexto do processo penal, “o Tribunal de Justiça [já] precisou que uma directiva não pode, por si só e independentemente de uma lei interna adoptada pelo Estado-Membro para a sua aplicação, criar ou agravar a responsabilidade penal de quem a viole”. O Tribunal considerou *in casu* que afastar a aplicabilidade da (nova) lei nacional, globalmente *mais favorável*, significaria a aplicação de uma “sanção penal manifestamente mais pesada” para os arguidos.

O Tribunal, no caso *Berlusconi*, excluiu promover uma linha de interpretação que pudesse conduzir, através da *desaplicação* da nova lei, ao reconhecimento de uma situação claramente prejudicial aos recorrentes; a interpretação do princípio da legalidade sufragada revelou-se conforme com o direito constitucional designadamente italiano, não resultando evidente qualquer *conflito*. Diferente interpretação era sustentada pela AG J. Kokott, para quem “[o] órgão jurisdicional de um Estado-Membro é obrigado a criar as condições necessárias para assegurar o cumprimento das

³³³ A modificação na qualificação da infracção tinha as seguintes consequências: i) a prescrição do processo; ii) impossibilitava que as infracções conexas, como por exemplo o branqueamento de capitais, pudessem ser objecto de procedimento penal, pela necessidade de conexão a um *delitto*; iii) relativamente a um dos crimes, a prossecução penal ficava dependente de queixa de um sócio ou credor. Além do mais, os procedimentos passavam a estar limitados por uma *nova circunstância* relacionada com os *impactos* da falsificação nas contas (excluindo dos pressupostos da norma sancionatória as falsificações com efeitos económicos não significativos ou de menor importância).

exigências de uma directiva comunitária, sem que para isso seja necessária uma decisão prévia do tribunal constitucional nacional, deixando de aplicar uma lei penal mais favorável entrada em vigor após a verificação dos factos, se essa lei for incompatível com a directiva”³³⁴.

No recente *Ac. Taricco*³³⁵, e ainda que os casos não sejam absolutamente similares, o Tribunal adopta uma perspectiva diversa daquela adoptada no *Ac. Berlusconi*; e segue, nesse caso, um raciocínio paralelo ao defendido pela AG J. Kokott³³⁶. O *Ac. Taricco*, ao convocar o instituto da *prescrição*, vem demonstrar a dificuldade em acomodar várias interpretações do princípio da legalidade, fazendo ressaltar uma leitura a partir do “mínimo denominador comum”. O princípio da *efectividade ou eficácia* é, nesse processo, elevado ao seu expoente máximo. E o *conflito constitucional* manifesta-se.

Um tribunal italiano, no âmbito de um processo penal de “IVA em carrossel”, confrontado com a lei italiana que prevê que o respectivo procedimento criminal se extingue por efeito de prescrição logo que decorra o prazo normal de prescrição acrescido de um quarto (ao invés da metade, tal como previsto para outro tipo de crimes), e convicto de que o sistema italiano não permitiria tomar uma decisão transitada em julgado antes de Fevereiro de 2018 (data-limite para a prescrição de todas

³³⁴ Cfr. as Conclusões da AG J. Kokott apresentadas em 14.10.2004. A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 187, atendendo às particularidades do caso, questiona até que ponto o facto de o arguido principal ser também o líder político responsável pela alteração legislativa, não deveria ter conduzido a interpretação diversa. O Autor refere: “[i]f the accused himself brings about the change of law, one may doubt the objectiveness of the national legislature”. É um ponto interessante, mas o Autor avança para a seguinte interrogação algo provocatória: “[d]oes not such an extraordinary situation fall under the Nuremberg exception, as formulated in Article 7, paragraph 2 ECHR?”. Relembre-se que a Convenção dispõe, como excepção ao princípio da legalidade que “[o] presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

³³⁵ AcTJ, 8.9.2015, *Taricco e o.* (C-105/14). Para análises do Ac., cfr., entre outros, S. MANACORDA, “La prescrizione delle...”; S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”; F. GIUFFRIDA, “The Limitation Period...”; M. TIMMERMAN, “Balancing effective criminal...”; E. BILLIS, “The European Court...”.

³³⁶ Cfr. as Conclusões da AG apresentadas em 30.4.2015. A AG começa por questionar de forma muito clara: “[o] direito da União impõe que os tribunais dos [EM] não apliquem determinadas disposições do seu direito interno sobre a prescrição de crimes para garantirem uma efectiva punição dos crimes fiscais?” (cfr. § 1). A AG responde à questão, nos seguintes e conclusivos termos: “[u]m regime nacional de prescrição do procedimento que, por razões sistémicas, conduz, em numerosos casos, à impunidade dos responsáveis pelas fraudes em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, é incompatível com os referidos preceitos do direito da União [art. 4.º, n.º 3, do TUE, art. 325.º do TFUE, Regulamento n.º 2988/95, Directiva 2006/112/CE, art. 2.º, n.º 1, da Convenção PIF]. Esse regime não deve ser aplicado pelos órgãos jurisdicionais nacionais nos processos criminais pendentes”.

as infracções)³³⁷, dirigiu ao TJ um conjunto de questões destinadas a aferir da compatibilidade da lei italiana com o direito europeu.

O órgão jurisdicional de reenvio questionava em concreto se o “artigo 160.º, último parágrafo, do Código Penal, na parte em que, no caso da interrupção do prazo de prescrição, prevê apenas que este seja acrescido de um quarto da sua duração [inicial], permitindo assim a prescrição dos crimes e consequentemente a sua impunidade, não obstante o exercício tempestivo da acção penal”, (i) é contrário à norma que tutela a concorrência, (ii) traduz uma forma de auxílio de Estado concedido pela República Italiana, (iii) traduz uma isenção adicional (de IVA) relativamente às que estão taxativamente previstas na Directiva n.º 2006/112 ou (iv) viola o princípio das finanças públicas sólidas. Na opinião do órgão de reenvio, seria possível garantir a aplicação efectiva do direito da União “na hipótese de lhe ser permitido não aplicar as disposições nacionais em causa”, ou seja, as normas sobre prescrição.

A argumentação central do TJ encontra-se na resposta à terceira questão (cfr. § 34 e ss.), partindo da consideração de que está em causa, em substância, saber se um regime nacional como o descrito redundava, ou não, em *dificultar a efectiva luta contra a fraude em matéria de IVA no EM em causa*, de uma forma incompatível com a Directiva n.º 2006/112, bem como, de uma forma mais geral, com o direito da União. A resposta do Tribunal, consubstanciada na declaração final do processo, enuncia-se da seguinte forma:

“Um regime nacional de prescrição de infracções penais, como o estabelecido (...), que previa, à data dos factos do processo principal, que o acto que determina a interrupção da prescrição no quadro de procedimentos penais relativos a fraudes graves em matéria de imposto sobre o valor acrescentado tem o efeito de prorrogar o prazo de prescrição em apenas um quarto da sua duração inicial, é suscetível de violar as obrigações impostas aos [EM] por força do artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, caso esse regime nacional impeça a aplicação de sanções efectivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da [UE] ou preveja prazos de prescrição mais longos para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do [EM] em causa do que para os casos de fraude lesiva dos interesses

³³⁷ Segundo F. GIUFFRIDA, “The Limitation Period...”, p. 104, suscita-se desde logo o problema de saber se a questão era verdadeiramente *necessária* à decisão judicial nacional (análoga à que seria tomada, no caso português, pelo juiz de instrução), nos termos e para os efeitos do art. 267.º do TFUE, já que os crimes ainda não haviam prescrito. Segundo o Autor, o juiz não perdeu a oportunidade de pedir uma intervenção do TJUE relativamente a um problema de *relevância sistémica*, tendo o convite sido aceite.

financeiros da [UE], o que incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar. *Incumbe ao órgão jurisdicional nacional dar pleno efeito ao artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, não aplicando, se necessário, as disposições de direito nacional que têm o efeito de impedir que o [EM] em causa respeite as obrigações que lhe são impostas pelo artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE*” (destaque nosso).

Remetendo para a fundamentação do Acórdão, e seguindo o raciocínio faseado do Tribunal (§ 36 e ss.), a obrigação de “lutar contra a fraude ao IVA” assenta essencialmente nos seguintes pressupostos: i) no art. 4.º, n.º 3, do TUE, ou seja, no princípio da *cooperação leal*, que traduz uma obrigação geral de os EM tomarem todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir a cobrança da totalidade do IVA devido no seu território, mas também um *dever de lutar contra a fraude*; ii) no art. 325.º do TFUE, que obriga os EM a combaterem as actividades ilícitas lesivas dos interesses financeiro da União através de medidas dissuasivas e efectivas (*efectividade ou eficácia*) e, em particular, a adoptar, para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiro da União, as mesmas medidas que adoptarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros (*assimilação*).

Todavia, se é certo que as obrigações de *efectividade* ou *eficácia* e *assimilação* não surgem como novidade na jurisprudência do TJ, o Acórdão tem uma *nuance* de raciocínio importante, resultando num afastamento da jurisprudência *Milho Grego*. Para o Tribunal, embora os EM disponham, em geral, de uma *liberdade de escolha* das sanções aplicáveis, as quais podem tomar a forma de sanções administrativas, de sanções penais ou de uma combinação de ambas, “podem ser indispensáveis sanções penais para combater, de forma efectiva e dissuasora, certos casos de fraude ao IVA”. Assim, afastando-se da jurisprudência anterior, o Tribunal vem reduzir a margem de discricionariedade dos EM. Assumindo, para além do *efeito directo do art. 325.º do TFUE*³³⁸, uma interpretação conjugada desse preceito com um instrumento do terceiro pilar de Maastricht – a Convenção PIF de 1995. Para o Tribunal, na medida em que a Convenção PIF de 1995 “impõe” a pena privativa da liberdade para os casos mais graves de fraude, logo a *sanção penal* pode ser indispensável nesses casos³³⁹. Ou seja,

³³⁸ Assim V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 7, apelando para o § 51 que estabelece uma “obrigação de resultado precisa”.

³³⁹ Para uma crítica quanto à interpretação conjugada do art. 325.º do TFUE e da Convenção PIF de 1995 baseada no art. K.3 do Tratado de Maastricht, invocando dados históricos, S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 14.

contrariamente à jurisprudência anterior, o Tribunal vem expressamente “requerer” a criminalização de certas formas de fraude (no caso, ao IVA)³⁴⁰.

Definidas nos sobreditos termos as concretas obrigações dos EM em matéria de “luta contra a fraude ao IVA”, o Tribunal passa para o segundo passo do seu raciocínio (cfr. § 44 e ss), referindo que “incumbe ao órgão jurisdicional verificar, tendo em conta todas as circunstâncias de direito e de facto relevantes, se as disposições nacionais aplicáveis permitem punir de uma forma efectiva e dissuasora, os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros da União”. Assim, e procurando fornecer ao tribunal nacional elementos para que este pudesse tirar conclusões a esse respeito, o TJ enuncia:

“Na hipótese de o juiz nacional chegar à conclusão de que a aplicação das disposições nacionais em matéria de interrupção da prescrição terá o efeito, *num número considerável de casos*, de os factos constitutivos de fraude grave não virem a ser punidos penalmente, na medida em que esses factos estão, geralmente, prescritos antes de a sanção penal prevista na lei poder ser aplicada por uma decisão judicial transitada em julgado, há que considerar que as medidas previstas pelo direito nacional para combater a fraude e qualquer outra atividade ilegal lesivas dos interesses financeiros da União não podem ser tidas como efectivas e dissuasoras, o que é incompatível com o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, com o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF e com a Directiva 2006/112, lida em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, TUE” (§ 47) (destaque nosso).

Em face do exposto, o TJ define a necessária consequência (§ 49 e ss): “[c]aso o órgão jurisdicional nacional chegue à conclusão de que as disposições nacionais em causa não satisfazem a exigência do direito da União quanto ao carácter efectivo e dissuasor das medidas de luta contra a fraude ao IVA, *incumbir-lhe-á garantir a plena eficácia do direito da União, não aplicando, se necessário, as referidas disposições* e neutralizando assim a consequência assinalada no n.º 46 do presente acórdão, sem que tenha de pedir ou esperar pela sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer

³⁴⁰ Note-se que não é claro que a Convenção PIF abranja a “fraude ao IVA”. Com efeito, a questão foi sempre controversa e a problemática está evidenciada nas negociações da proposta de directiva PIF de 2012, apresentada pela Comissão para substituir a Convenção PIF. Com indicações de documentação que espelha a discussão entre a Comissão e o Parlamento e os EM, M. TIMMERMAN, “Balancing effective criminal...”, p. 782 e 789 e 790; e F. GIUFFRIDA, “The Limitation Period...”, p. 107 e ss.

outro procedimento constitucional” (destaque nosso). Mesmo que isso signifique, portanto, um *agravamento* da situação do arguido³⁴¹.

Assim, o mecanismo da *desaplicação* do direito penal nacional, convocado pela jurisprudência do TJ (ainda que a cargo do juiz nacional, como é da natureza do reenvio prejudicial³⁴²), assume no processo penal um efeito decisivamente *in mala partem*. Já não se trata do efeito de neutralização das normas penais que atentam contra liberdades fundamentais (cfr. *supra*) com o consequente efeito de *descriminalização* da conduta; mas sim da neutralização de normas penais com relevância constitucional (no caso, normas sobre prescrição) que se entende poderem obstaculizar, pela sua dimensão garantística, a *efetividade ou eficácia da luta contra a fraude*³⁴³. Com efeito, nos termos do Acórdão, o *effect utile* do direito da União pode implicar a imposição de uma sanção penal que não seria possível de acordo com as regras nacionais (no caso, italianas) aplicáveis³⁴⁴.

O Tribunal, para fundamentar aquela conclusão, explicita (§ 50 e ss.) que “[a]s disposições do artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE têm assim o efeito de, por força do *princípio do primado do direito da União*, nas suas relações com o direito interno dos Estados-Membros, tornar inaplicável de pleno direito, pelo próprio facto da sua entrada em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional existente”, já que “[e]stas disposições de direito primário da União impõem aos Estados-Membros uma obrigação de *resultado precisa*” (destaque nosso).

Seguindo o seu raciocínio (§ 53 e ss.), o Tribunal assinala que incumbe ao órgão jurisdicional nacional, na sua decisão de não aplicar as normas nacionais em causa, “garantir os direitos fundamentais das pessoas em causa”. Todavia, parece deixar claro que o parâmetro de protecção não tem necessária correspondência com o definido pela

³⁴¹ Como refere S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 6, na lógica de *Taricco*, “*se il legislatore non ha provveduto a soddisfare gli obblighi di tutela, se ne farà carico il giudice penale con il rischio che questo incida su posizione giuridiche soggettive già consolidate*”.

³⁴² Não está atribuída competência ao TJ para anular normas nacionais desconformes com o direito comunitário. Sobre o tema, N. PIÇARRA, “A justiça constitucional...”.

³⁴³ S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 9, refere que está posta definitivamente em causa a *desaplicação* por violação do direito comunitário a ler em “*chiave ‘buonista’*”.

³⁴⁴ Assim, M. TIMMERMAN, “Balancing effective criminal...”, p. 791. Nessa medida, ao que nos parece, o Tribunal afasta-se do paradigma *Van Gend en Loos*. Atente-se nas palavras de N. PIÇARRA, “Nos 50 Anos...”, p. 113, em análise ao referido Ac.: “Deste modo, o TJ criava para os tribunais nacionais a necessidade de recorrerem sistematicamente ao reenvio prejudicial para lhe submeterem questões sobre o sentido e o alcance do direito da União, *com vista a determinar quais as disposições criadoras de direitos subjectivos para os particulares, a proteger obrigatoriamente por aqueles tribunais*. Com isto, o TJ também investiu os particulares (...) na qualidade de ‘guardiões da integridade da nova ordem jurídica’, viabilizando a transformação do reenvio prejudicial na ‘acção por incumprimento dos cidadãos europeus’. Neste contexto, há até quem veja no acórdão *Van Gend en Loos* ‘um ponto de partida para o desenvolvimento da cidadania europeia tal como hoje se conhece’” (destaque nosso).

Constituição nacional, designadamente quanto à respectiva acomodação do princípio da legalidade.

O Tribunal, considerando o art. 49.º da CDFUE na parte correspondente à consagração do princípio da legalidade³⁴⁵, e interpretando-o de acordo com a jurisprudência do TEDH relativa ao art. 7.º da CEDH, entende que “a prorrogação do prazo de prescrição e a sua aplicação imediata não implicam uma violação dos direitos garantidos pelo artigo 7.º da referida Convenção, uma vez que esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que impede uma prorrogação dos prazos de prescrição quando os factos imputados não estão prescritos”.

Todavia, o Tribunal mais não avança na fundamentação, não fornecendo argumentos explicativos adicionais³⁴⁶. Alguma doutrina vem entendendo que o Tribunal se limitou a conceder o nível mínimo de protecção da CEDH ao princípio da legalidade consagrado no artigo 49.º, n.º 1, da Carta, reclamando um claro abaixamento do nível de protecção oferecido pela Constituição italiana^{347 348}.

³⁴⁵ Cfr., em comentário ao preceito, M. MONTE, P. FREITAS e M. SANTOS, “Artigo 49.º”. Também V. MITSILEGAS, “Article 49”, referindo abundante jurisprudência do TJUE e do TEDH (mas sem mencionar o caso *Taricco*, por desencontro temporal). Cfr., para uma análise aprofundada do princípio da legalidade, que ademais pondera a sua resistência no contexto do direito penal europeu, M. FERREIRA MONTE, “O princípio da...”, p. 83 e ss.

³⁴⁶ Note-se que o art. 7.º CEDH tem um escopo de protecção mais limitado do que o estabelecido no art. 49.º da CDFUE, ao não prever expressamente a aplicação retroativa da lei mais favorável ao agente. Mas é relevante referir que a jurisprudência do TEDH já “subiu” ao nível do parâmetro definido na Carta – cfr. a análise de V. MITSILEGAS, *ibidem*, p. 1357 a 1360, referindo o AcTEDH, 17.9.2009, *Scoppola v. Italy* (No. 2) (10249/03); também referindo esta circunstância e jurisprudência, M. MONTE, P. FREITAS e M. SANTOS, *ibidem*, p. 554. Cfr. ainda, considerando que “[t]he prohibition of retroactive penal law and the retroactivity of a more lenient penal law (*lex mitior*) are perennial questions of human justice”, a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no caso *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (2312/08 e 34179/08), analisando com detalhe o alcance da retroactividade da *lex mitior*. Note-se, em qualquer caso, que o art. 52.º da Carta salvaguarda a reserva de “protecção mais ampla” concedida pelo direito da União: assim, ALESSANDRA SILVEIRA, “Artigo 52.º”.

³⁴⁷ Assim M. TIMMERMAN, “Balancing effective criminal...”, p. 780. Ainda F. GIUFFRIDA, “The Limitation Period...”, p. 109: “unlike the aforementioned views of the European Courts and the Advocate General, in Italy regulation on prescription has always been considered as a substantive one”. Com efeito, na *sentenza* n.º 393/2006 da Corte Costituzionale italiana pode ler-se: “La norma del codice penale deve essere interpretata [art. 2.º, “Successione di leggi penali”], ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione ‘disposizioni più favorevoli al reo’ si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato (*sentenze* n. 455 e n. 85 del 1998; *ordinanze* n. 317 del 2000, n. 288 e n. 51 el 1999, n. 219 del 1997, n. 294 e n. 137 del 1996)”.

³⁴⁸ D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 41, antecipavam em certa medida questão análoga à do Ac. *Taricco* quando questionavam: “o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, dispondo embora que ‘todos têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas telecomunicações’, não contempla expressamente, ao contrário do artigo 34.º da Constituição portuguesa, a *inviolabilidade* do domicílio e das comunicações” – “[s]eguir-se-á daqui que este direito fundamental não faz parte da Constituição da UE?”. Relembrando o disposto no ora art. 6.º, n.º 3, do TFUE, no preâmbulo da Carta e no seu art. 53.º, os Autores, *ibidem*, p. 42, concluem “que o facto de a União passar a estar vinculada a um catálogo próprio de direitos fundamentais, literalmente porventura

O caso *Taricco*, para além do que já vai apontado, não deixa de permitir problematizar: na lógica da sua interpretação, ficará aberta a via da *desaplicação*³⁴⁹, em razão da desconformidade com o direito europeu, de qualquer norma penal ou processual penal que, por ter um alcance garantístico, possa ter por efeito reduzir a *eficácia* do processo-crime que se relacione com a luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União com consequência necessariamente *in mala partem* para o arguido?³⁵⁰

É relevante assinalar que o Tribunal, nesse Ac. *Taricco*, refere o antecedente do Ac. *Fransson*³⁵¹, em especial na parte em que essa decisão co-relaciona a fraude ao IVA e os interesses financeiros da União. Com efeito, em *Fransson*, o Tribunal declarou (cfr. § 25 e 26) que existe “uma relação direta entre a cobrança das receitas do IVA no respeito do direito da União aplicável e a colocação à disposição do orçamento da União dos recursos IVA correspondentes, uma vez que qualquer falha na cobrança das receitas está potencialmente na origem de uma redução dos recursos próprios”.

No Ac. *Fransson* estava em causa, no essencial, uma questão de *ne bis in idem*. Para o Tribunal, “[o] princípio *ne bis in idem* enunciado no artigo 50.º da [CDFUE] não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos factos de inobservância das obrigações de declaração em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, sucessivamente uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal, desde que a primeira sanção não revista carácter penal, o que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar”.

O Ac. *Fransson*, na medida em que se pronuncia sobre o âmbito de aplicação da CDFUE, é muito relevante também em termos da conformação, em geral, das relações entre o direito da União e o direito penal dos EM.

mais restritivo do que o de alguma constituição nacional, não põe em risco a *congruência material* que deve continuar a existir entre o ordenamento da União e o dos Estados-Membros, outra condição essencial à plena vigência do princípio do primado do direito daquela, no seu estrito âmbito de competência, sobre os direitos de fonte nacional” (destaque nosso).

³⁴⁹ A questão é enunciada sem prejuízo da consideração de que “a operatividade do primado como critério de resolução de conflitos internormativos não interfere com a validade da norma interna desalojada pela norma comunitária”, ou seja, de que “o primado do direito europeu significa que o direito nacional, em casos de conflito, tem de ceder, sem ser afectado na sua validade genérica” – assim, respectivamente, M. L. DUARTE e K. CARSTENS *apud* D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 17. Para estes Autores, *ibidem*, “o direito da UE prima sobre o direito nacional não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente para regular o caso concreto”.

³⁵⁰ S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 18, refere, com remissão para o sistema italiano, uma “*ansia riformatrice della giurisprudenza*”. Para o Autor, e sempre com referência ao sistema italiano, assiste-se a “*un preoccupante trend che porta addirittura il giudice a disapplicare in mala partem senza sollecitare il giudice europeo, ad esempio in ambito tributario (...) ispirandosi agli imperativi funzionalistici imposti dall’UE*”.

³⁵¹ AcTJ, 26.2.2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10).

Com efeito, o TJ considerou que as sobretaxas fiscais e os processos penais por fraude fiscal constituem *aplicação do direito da União*, na acepção do art. 51.º, n.º 1, da Carta (e por isso caem no respectivo âmbito de aplicação), precisamente porque está em causa a luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União. Segundo o Tribunal, “quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a acção dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União, *aplica o direito da União* na acepção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais”. Mas essa aplicação dos padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais só é possível “*desde que* essa aplicação não comprometa o nível de protecção previsto pela Carta nem *o primado, a unidade e a efectividade do direito da União*” (destaques nossos) (herança *Melloni*, a referir *infra*).

É importante referir que neste processo não estava em causa, subjacente às sobretaxas e aos processos penais, uma lei ou regulamentação nacional que tivesse sido adoptada para transpor direito derivado da União. Assim, seguindo VALSAMIS MITSILEGAS³⁵², a abordagem do TJ tem o efeito de incluir um vasto leque de legislação e medidas nacionais, relacionadas com os sistemas de justiça penal nacionais, no âmbito de aplicação da Carta; isto porque o Tribunal adopta uma interpretação ampla desse âmbito de aplicação, incluindo casos em que a legislação nacional não implementa expressa ou directamente um instrumento de direito da União.

Uma consequência relevante desta jurisprudência está no facto de assumir, com repercussão num conjunto significativo de casos, a não aplicação dos padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais contemplados pelas Constituições nacionais, sempre que esse nível de protecção ameace, nos sobreditos termos, *o primado, a unidade e a efectividade do direito da União*.

Fransson não constitui, quanto a esta última questão de potencial *conflito*, novidade de monta. Com efeito, e como referido, a pronúncia do TJ é herança do Ac. *Melloni*³⁵³.

Nesse Acórdão, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial no âmbito do MDE³⁵⁴ apresentado pelo TC espanhol, o TJ, *ao interpretar o art. 53.º da CDFUE*,

³⁵² Assim, V. MITSILEGAS, *EU Criminal...Europe*, p. 11 e 176.

³⁵³ AcTJ, 26.2.2013, *Melloni* (C-399/11).

declarou o primado do direito da União sobre as Constituições nacionais³⁵⁵. De acordo com TORRES PÉREZ, “a sua interpretação do artigo 53.º excluiu quaisquer limites ao primado e à eficácia do direito da UE em consequência de direitos constitucionais mais protectores”³⁵⁶.

Estava em causa saber se a autoridade judiciária executante (espanhola), confrontada com um MDE emitido para fins de execução de uma pena de prisão (requerido pelas autoridades italianas em face da fuga do arguido cuja entrega era pretendida), poderia subordinar a execução desse mandado à condição de a sentença de condenação, proferida em julgamento na ausência do arguido, poder ser objecto de revisão (novo julgamento ou recurso na presença do arguido³⁵⁷) no EM de emissão (Itália). Em substância, tratava-se de saber se a autoridade judiciária executante poderia condicionar a execução do mandado a exigências inerentes ao nível de protecção concedido a um direito *pela sua própria Constituição*, tal como interpretada pelo respectivo TC.

No mais relevante, o TJ, respondendo directamente ao problema de conflito constitucional que lhe foi dirigido, concluiu que o art. 53.º da CDFUE “deve ser interpretado no sentido de que não permite a um Estado-Membro subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos *pela sua Constituição*” (destaque nosso). Mais importante do que a concreta questão *sub iudice* directamente relacionada com a operatividade do MDE³⁵⁸, é a declaração de princípio

³⁵⁴ O MDE tem originado jurisprudência europeia muito relevante. Para uma análise actualizada a Setembro de 2015, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal...Europe*.

³⁵⁵ Note-se que, como assinalam D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 21 e 22, registava-se já, antes deste caso, “jurisprudência do TJ em que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional é interpretado no sentido de impor a desaplicação de normas constitucionais contrárias a disposições de direito comunitário, tanto originário como derivado” (também assim, R. MOURA RAMOS, “O Tratado que...”, p. 213); mais dando conta, a p. 25 e ss., de casos em que se suscitou a “questão da incompatibilidade de uma norma de direito comunitário com a Constituição e, desde logo, com o respectivo catálogo de direitos fundamentais”, com as inerentes “resistências dos tribunais nacionais”. No caso *Melloni*, está em questão o concreto problema de aplicação e interpretação da CDFUE, em concreto do seu art. 53.º. Sobre esse preceito, M. CANOTILHO, “Artigo 53.º”.

³⁵⁶ A. TORRES PÉREZ, “*Melloni in Thre...*”, p. 309.

³⁵⁷ De referir que o arguido havia sido julgado em Itália, *in absentia*, tendo sido defendido por dois advogados por si mandatados no julgamento em primeira instância e nos posteriores recursos de segunda e terceira instâncias (cfr. § 23). Estava em causa, portanto, a condição de a condenação em causa poder ser objecto de novo julgamento ou de recurso, na presença do arguido, que garantisse os direitos de defesa de acordo com o nível de protecção mais elevado previsto na Constituição Espanhola (§ 26).

³⁵⁸ Entendido como um “sistema simplificado e mais eficaz de entrega das pessoas condenadas ou suspeitas de ter infringido a lei penal, [que pretende] facilitar e acelerar a cooperação judiciária com vista a contribuir para realizar o objectivo, atribuído à União, de se tornar um espaço de liberdade, de

quanto ao conflito entre diferentes níveis ou parâmetros de protecção de direitos fundamentais.

O Tribunal considerou com relevo o seguinte: i) que “a interpretação segundo a qual o artigo 53.º da Carta autoriza, em geral, um Estado-Membro a aplicar o padrão de protecção dos direitos fundamentais garantido pela sua Constituição, quando este é mais elevado do que o que decorre da Carta, e a opô-lo, se for caso disso, à aplicação de disposições do direito da União”, “não pode proceder”; ii) “é jurisprudência assente que, por força do primado do direito da União (...) a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode afectar o efeito do direito da União no território desse Estado”; iii) “quando um acto do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais [art. 53.º da Carta], desde que essa aplicação não comprometa [(i)] o nível de protecção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, [(ii)] *nem o primado, a unidade e a efectividade do direito da União*” (destaque nosso)³⁵⁹. Ora, considerando esta *segunda condição*, o princípio da *efectividad ou eficacia* é mais uma vez elevado ao seu expoente máximo.

segurança e de justiça, baseando-se no elevado grau de confiança que deve existir entre os Estados-Membros” (cfr. § 37 do Ac.). Para outros desenvolvimentos, cfr. o AcTJ, 29.1.2013, *Radu* (C-396/11). A resposta do TJ às questões prejudiciais suscitadas no processo *Radu*, respeitante à execução de MDE emitidos para efeitos de um procedimento penal, foi a seguinte: a DQ relativa ao MDE “deve ser interpretada [à luz dos arts. 47.º e 48.º da CDFUE e 6.º da CEDH] no sentido de que as autoridades judiciais de execução não podem recusar executar um [MDE] emitido para efeitos de um procedimento penal com o fundamento de que a pessoa procurada não foi ouvida no Estado-Membro de emissão antes de esse mandado de detenção ter sido emitido”. Note-se que a argumentação do Tribunal não deixou também de estar assente no *princípio da efectividade* ou *eficácia*: “impor às autoridades judiciais de emissão a obrigação de ouvirem a pessoa procurada antes de emitirem o [MDE] colocaria inevitavelmente em risco o próprio sistema de entrega previsto pela Decisão-Quadro 2002/584 e, portanto, a realização do espaço de liberdade, segurança e justiça, uma vez que, a fim de, designadamente, evitar a fuga da pessoa em causa, tal mandado de detenção deve beneficiar de um certo efeito surpresa” (§ 40).

³⁵⁹ Com a primeira condição, o TJ determina que a Carta “*is a floor below which the member states cannot fall*”; com a segunda condição, o TJ determina que a Carta “*is not just a floor, but it might become in practice a ceiling*” – A. TORRES PÉREZ, “*Melloni in Three...*”, p. 316 e 317. É em especial nesta segunda condição que o *conflito* entre os níveis de protecção de direitos fundamentais pode surgir. Para uma análise e crítica da resposta do TC espanhol e da sua invocação da doutrina dos “contra-limites”, que todavia não chega propriamente a activar no caso concreto, cfr. a Autora, p. 319 e ss. Com efeito, esse TC (*Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/2014*, de 13.2.2014) viria a reverter a sua primeira interpretação do “direito a um processo com todas as garantias” sufragada aquando do pedido de decisão prejudicial. Com efeito, o TC Espanhol começa por reiterar a sua jurisprudência anterior segundo a qual “*mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado ad intra por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es mas reducido*”. Neste último caso, o TC considera que está em causa aferir, não de todas e cada um das garantias associadas ao direito em questão, “*sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementares, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la*

De qualquer forma, apesar da afirmação comum da *effectiveness*, convém distinguir os casos *Melloni* e *Radu* do caso *Taricco*.

Os primeiros casos visam a matéria específica do MDE, situando-se no específico domínio do reconhecimento mútuo: como refere STEFANO MANACORDA, nesse domínio do reconhecimento mútuo são sem dúvida exigências de celeridade e simplificação que guiaram as escolhas político-criminais da União, associadas à instituição de “um padrão mínimo de garantias”³⁶⁰.

O segundo caso, diferentemente, ocupa o terreno da *harmonização* que está mais directamente em causa nesta nossa análise. Parece-nos novamente acertada a reflexão de STEFANO MANACORDA quando afirma que “tratando-se de uma dimensão ‘vertical’ que diz respeito às relações entre regulação europeia e direito penal nacional, seria legítimo esperar que, pelo menos neste âmbito, o Tribunal de Justiça tivesse procedido – tal como outros tribunais supranacionais – a um reforço do papel das garantias do arguido”³⁶¹. Ou, pelo menos, a um *diálogo* mais aprofundado com o princípio da legalidade tal como previsto na Constituição nacional convocada, sabendo-se da

inconstitucionalidad ‘indirecta’ de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control”. Assim, e porque estava em causa essa projecção *ad extra* no âmbito do MDE, o TC aceitou que o “*contenido absoluto*” do direito podia ser medido à luz da Carta e da CEDH enquanto “*criterios hermenéuticos*”. Todavia, conforme se verifica, o TC nacional não chega a discutir concretamente a grande questão associada à pronúncia do TJ, não chegando sequer a referir o art. 53.º da Carta. Mas deixa um “aviso” na senda da sua decisão 1/2004, de 13 de Dezembro: “*en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ést[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*”.

³⁶⁰ S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 7 e 8. Em sentido que se nos afigura próximo, P. CAEIRO, “A coerência dos...”, p. 252, parecendo validar aquela que veio a ser a decisão do TC Espanhol. Sobre o MDE, aliás na perspectiva do escrutínio pelos juizes constitucionais nacionais, por referência aos Acs. do TC da Polónia e do TC Federal da Alemanha, de 27.4.2005 e de 18.7.2005 respectivamente, N. PIÇARRA, “A transposição da...”. O Autor refere, p. 78 e 79, que “a decisão-quadro não contempla expressamente no seu articulado nenhuma ‘cláusula de salvaguarda’ que permita a um Estado-Membro suspender unilateralmente a execução dos MDE’s emitidos por outro, com base em violação dos grave e persistente de direitos fundamentais”. Assinala que “[s]endo neste contexto a solução adequada aquela que exclui a confiança cega na capacidade de os outros Estados-Membros tutelarem sempre devidamente os direitos fundamentais, a manutenção, no articulado da decisão-quadro, de uma cláusula de salvaguarda naquela acepção [proposta da Comissão] e mesmo a introdução nele de uma cláusula de não discriminação com o teor do 12.º considerando, serviriam melhor a certeza e a segurança do direito”. No entanto, nos casos concretos em análise no texto (*Melloni* e *Radu*), não estava em causa tal situação de “violação grave e persistente de direitos fundamentais” (diversamente, o caso *Aranyosi e Căldăraru*). Veja-se, quanto a desenvolvimentos recentes, o AcTJ, 5.4.2016, *Aranyosi e Căldăraru* (C-404/15 e apensos).

³⁶¹ S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche...”, p. 7 e 8.

sensibilidade das questões relacionadas com os direitos fundamentais e com a repartição de competências entre a União e os EM que se colocam, muito especialmente, em *contexto penal*. E isto tendo em vista o desiderato da *congruência material* entre o ordenamento da União e o dos EM, que o Acórdão claramente dispensou.

É interessante notar a finalizar que o TJ, já depois do abatimento dos pilares, prossegue no sentido de uma jurisprudência favorável à “*comunitarização*” da competência penal da União. Essa jurisprudência manifestou-se, em especial nos Acs. *Pupino* e *Ambiente* proferidos na vigência dos Tratados de Amesterdão/Nice, na tentativa de superação das dificuldades associadas à fragmentariedade dos pilares. Actualmente, após a erosão dos pilares com o Tratado de Lisboa, expressa-se sob a forma de uma aplicação estrita aos domínios penal e processual penal dos princípios gerais do direito da União na lógica da respectiva “*comunitarização*”. O Ac. *Taricco* demonstra-o à saciedade, mas a sua interpretação, pelo menos pelo lado da questão penal atinente à interpretação e aplicação do princípio da legalidade, não fica isenta de crítica. Em comum aos dois momentos, pré e pós-Tratado de Lisboa, está a sobrevalorização do princípio da *efectividade ou eficácia*, em detrimento do reconhecimento da especialidade (constitucional) do direito penal.

Com efeito, para além do princípio do primado do direito da União – susceptível de originar conflitos quando afirmado em relação à “Constituição penal” nacional –, também o *princípio da eficácia ou da efectividade*, associado ao princípio da cooperação leal (e, assim, também ao primado), ganha um papel central na conformação das relações entre o direito da União e o direito penal dos EM no pós-Tratado de Lisboa.

Finalmente, é importante referir que o art. 4.º, n.º 2, do TUE (nos termos do qual “[a] União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”), assim como o art. 67.º, n.º 1, do TFUE (nos termos do qual “[a] União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”) não ocuparam lugar na argumentação jurídica dos referidos Acórdãos³⁶².

³⁶² Como refere A. TORRES PÉREZ, “*Melloni in Three...*”, p. 318, relativamente ao caso *Melloni*, “*the need to respect national constitutional identity pursuant to Article 4(2) TEU might have some bearing*”; “*yet, at least, the CJEU should have considered that possibility, since the Constitutional Court has grounded*

Note-se que no caso *Taricco* pode considerar-se ter estado em causa um *aspecto fundamental do sistema de justiça penal italiano*, em termos que, a terem ocorrido num contexto de harmonização legislativa, poderiam inclusivamente desencadear o designado travão de emergência (art. 83.º, n.º 3, do TFUE)³⁶³. Com efeito, e como já referido, as normas sobre prescrição são enquadradas pelo direito penal substantivo italiano (e não pelo direito processual penal), com relevo designadamente em sede aplicação da lei no tempo³⁶⁴. Teria sido interessante verificar como o TJ interpretaria as referidas disposições (art. 4.º, n.º 2, do TUE, e art. 67.º, n.º 1, do TFUE) e qual o valor relativo que lhes atribuiria no específico *contexto penal* (se o tivesse feito).

A *Corte di Appello di Milano*, no âmbito de um caso diverso mas análogo, em 18 de Setembro de 2015, pediu à *Corte Costituzionale* italiana que se pronunciasse na sequência do caso *Taricco*. Em concreto, que se pronunciasse sobre a legitimidade constitucional da lei italiana que ordena a execução do Tratado de Lisboa, na parte em que impõe aplicar a disposição do art. 325.º, n.ºs 1 e 2, do TFUE, na interpretação assente pelo TJ no Ac. *Taricco*, fazendo derivar uma obrigação para o juiz nacional de desaplicar os arts. 160.º e 161.º do Código Penal italiano em face das circunstâncias indicadas no Acórdão, mesmo que dessa desaplicação decorram efeitos desfavoráveis ao arguido por via do prolongamento dos prazos de prescrição, em razão do confronto dessa norma com o art. 25.º da Constituição italiana (princípio da legalidade). Aguardava-se a correspondente decisão, relevante designadamente quanto a saber se o TC italiano considera estarem em causa “princípios informadores e estruturantes fundamentais”³⁶⁵ da Constituição penal italiana.

Em 23 de Novembro de 2016, com depósito em 26 de Janeiro de 2017, a *Corte Costituzionale* proferiu a sua *Ordinanza* n.º 24/2017.

Em síntese, o TC italiano começa por afirmar, como importante declaração de princípio, que não obstante o reconhecimento do primado do direito da União, “a observância dos princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e dos

the interpretation of the right to a fair trial upon the principle of human dignity and argued that the physical presence at the trial was part of the essential content of that right”.

³⁶³ “The general tenor is that Union legislation should not have the effect of changing the legal system of a Member State” – A. KLIP, *European Criminal Law...*, p. 164.

³⁶⁴ Cfr. a nota *supra* a propósito da jurisprudência da *Corte Costituzionale* italiana.

³⁶⁵ Expressão de D. FREITAS DO AMARAL e N. PIÇARRA, “O Tratado de...”, p. 37, referindo-se à *hipótese em qualquer caso anómala* “de, na ausência do devido diálogo com o TJ, um tribunal constitucional nacional se ver na iminência de ordenar a desaplicação, no respectivo Estado-Membro, de um acto jurídico da União violador de ‘princípios informadores e estruturantes fundamentais da respectiva constituição’ e, por conseguinte irrevíveis”. Informação detalhada e actualizada sobre o processo mencionado no texto, com referência e *links* para as decisões nacionais, pode ser encontrada in: www.penalecontemporaneo.it.

direitos inalienáveis da pessoa é condição para que o direito da União possa ser aplicado em Itália”. Ora, para aquele Tribunal, o princípio da legalidade em matéria penal constitui “um princípio supremo do ordenamento” respectivo, ao qual está sujeito o regime da prescrição: trata-se “*di un istituto che incide sulla punibilità della persona*”. Assim, caso a aplicação do art. 325.º do TFUE comportasse a introdução nesse ordenamento jurídico de uma norma contrária a tal princípio, constituiria dever desse Tribunal impedi-lo.

Todavia, identificando uma dúvida interpretativa relativamente ao art. 325.º do TFUE – cuja resolução entende necessária para decidir da questão de legitimidade constitucional –, considera oportuno submeter via reenvio prejudicial um pedido de clarificação ao TJUE a propósito do significado a atribuir a tal preceito à luz do Ac. *Taricco*.

Nesses termos, a *Corte Costituzionale* italiana dirige ao TJUE as seguintes questões (que se enunciam sinteticamente): a) se o artigo 325.º, n.º 1 e n.º 2, do TFUE, deve ser interpretado no sentido de impor ao juiz nacional a não aplicação de uma norma nacional sobre prescrição: i) mesmo quando essa desaplicação esteja privada de uma base legal suficientemente determinada (o TC italiano sublinha, neste âmbito, a importância constitucional do requisito da “*determinatezza*”, que considera fazer parte das tradições constitucionais comuns, tal como o TJUE tem reconhecido³⁶⁶); ii) mesmo quando no ordenamento do EM a prescrição seja parte do direito penal substantivo e sujeita ao princípio da legalidade (o TC italiano sublinha, neste âmbito, a jurisprudência constitucional nesse sentido, convocando o caso paralelo espanhol); b) e ainda se o Ac. *Taricco* deve ser interpretado no sentido de impor ao juiz nacional a não aplicação de uma norma nacional sobre prescrição, mesmo quando essa desaplicação esteja em contraste com os princípios supremos do ordenamento constitucional do EM ou com os direitos inalienáveis da pessoa reconhecidos na Constituição desse Estado.

Em face do exposto, conclui-se que a *Corte Costituzionale* optou por não decidir o caso em definitivo, reenviando a questão ao TJUE, o que se pode identificar como uma última tentativa de evitar o definitivo *conflito*. Com efeito, parece ser intenção do TC italiano, promovendo uma leitura constitucional conforme do Ac. *Taricco*, submetê-la à validação do TJUE³⁶⁷: admitirá este Tribunal tal interpretação

³⁶⁶ O TC apela para os casos C-74/95 e C-129/95; e ainda para a CDFUE. E considera que o Ac. *Taricco* não apreciou as várias dimensões do princípio da legalidade convocadas pelo caso, limitando-se à questão da retroactividade.

³⁶⁷ É interessante assinalar o argumento, invocado pelo TC italiano, do princípio da cooperação leal, implicando “*reciproco rispetto e assistenza*”. Para o Tribunal, o direito da União, e a jurisprudência do TJUE que especificam o seu significado, não podem interpretar-se no sentido de impor ao EM a renúncia aos princípios supremos do seu ordenamento constitucional. Em suma, o TC italiano pretende do TJUE a afirmação de que a interpretação sufragada no Ac. *Taricco* apenas é aplicável caso seja compatível com a

correctiva “constitucionalmente conforme”, mas que se pode entender “substancialmente ‘esterilizadora’”, do Acórdão?³⁶⁸

§

Tem sido expressiva a crítica à jurisprudência do TJ proferida em contexto penal, por esta se vir centrando, numa perspectiva *one-sided*, no critério da *efectividade* ou *eficácia*, não reconhecendo as especialidades do direito penal³⁶⁹. A crítica parte de duas coordenadas essenciais: por um lado, na consideração do direito penal enquanto *caso especial* (ideia a desenvolver na Parte III), a justificar uma maior ponderação no momento de lhe considerar aplicáveis *tout court* os princípios gerais de direito da União; por outro lado, a tónica é colocada nos já referidos arts. 4.º, n.º 2, do TUE, e 67.º do TFUE, reconhecendo-se a questões da “identidade e diversidade constitucionais” a partir da identificação *direito penal-Constituição nacional*.

Acresce ainda assinalar-se, e bem, que não é absolutamente claro o que possa significar o critério da *eficácia* ou *efectividade* quando aplicado em contexto penal. É interessante lembrar que o AG D. Ruiz-Jarabo Colomer, no processo que deu origem ao Ac. *Ambiente*, afirmou a certo ponto das suas Conclusões que “[o] poder sancionador civil, administrativo ou penal deve ser considerado uma competência instrumental ao serviço da efectividade do direito comunitário” (§ 84). Mas o AG Ján Mazák, nas Conclusões associadas ao Ac. *Ambiente II*, sublinhou uma questão central que tem encontrado forte eco na doutrina penal europeia. Parece-nos oportuna a citação:

“115. Em primeiro lugar, a efectividade é, em muitos aspectos, um critério impreciso para servir de base à determinação da competência para adoptar medidas relacionadas com o direito penal.

116. Desde logo e a um nível mais geral, a efectividade não é uma questão de tudo ou nada, mas uma questão de grau. A dificuldade reside em identificar o padrão exigido: quando é que as normas num domínio específico não são suficientemente

identidade constitucional do EM em causa, questão que competirá às autoridades nacionais apreciar (obs.: a Corte reconhece a relativa ineficácia do sistema italiano, admitindo a responsabilidade do Estado italiano, mas considera que tal deve ser solucionado por via legislativa).

³⁶⁸ Nesses termos, C. CUPELLI, “La Corte Costituzionale...”, p. 4. Veja-se ainda, em primeiras leituras da decisão, O. POLLICINO e M. BASSINI, “When coooperation means...”.

³⁶⁹ O *New Journal of European Criminal Law* dedicou um número, em 2014, ao tema da “*Effectiveness of EU Criminal Law*”. Vejam-se, em especial: E. HERLIN-KARNELL, “Effectiveness and Constitutional...”; S. MELANDER, “Effectiveness in EU...”; M. HUOMO-KETTUNEN, “EU Criminal Policy...”; J. ÖBERG, “Do We Really...”; V. MITSILEGAS, “From Overcriminalisation to...”.

efectivas ou ‘plenamente efectivas’, de tal modo que necessitam do instrumento do direito penal?

117. Em seguida, em que medida é que as sanções penais contribuem para a efectividade de uma lei? Actualmente prossegue o debate criminológico relativamente à questão de saber de que forma e em que matérias as sanções penais representam a melhor forma de assegurar a aplicação efectiva da lei. Pode ser demasiado simples partir do princípio de que o direito penal é sempre a solução adequada para a falta de efectividade.

118. Finalmente, apesar de o seu efeito dissuasivo demonstrar que existe certamente uma correlação entre direito penal e efectividade, esta última não encerra em si toda a essência do direito penal. Como já sugeri acima, as considerações políticas por detrás do uso de sanções penais numa dada comunidade ultrapassam em muito a mera questão da aplicação efectiva”.

Será questão a abordar com maior profundidade na Parte III quando se procurar reflectir sobre o significado e alcance do princípio da *ultima ratio* do direito penal no contexto europeu.

PARTE II

SUBSIDIARIEDADE *JUS-COMUNITÁRIA*

1.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO *NORMA DE ACÇÃO*

1. Introdução ao princípio da subsidiariedade *jus-comunitária*

A primeira referência à subsidiariedade da intervenção da União encontra-se plasmada no preâmbulo do TUE: os EM expressam o seu desejo em “aprofundar a solidariedade entre os seus povos, *respeitando a sua história, cultura e tradições*”; e declaram a sua resolução “em continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, *em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade*”. O art. 5.º, n.º 3, do TUE, define expressamente o princípio da subsidiariedade, mas outros preceitos daquele Tratado integram manifestações da mesma ideia – *vd.* art. 1.º, § 2, e art. 4.º, n.º 2. O Protocolo n.º 2, anexo aos Tratados, é dedicado às condições da sua aplicação.

O princípio da subsidiariedade, tal como consagrado no TUE, consubstancia um princípio regulador do *exercício* de competências não exclusivas da União. O que significa que não opera ao nível da titularidade das atribuições da União: estas serão as que resultarem dos Tratados. Na expressão de FAUSTO DE QUADROS, “aquele princípio *não reparte* atribuições³⁷⁰ entre a União e os Estados-membros, mas apenas disciplina o

³⁷⁰ F. DE QUADROS adopta a terminologia *atribuições*, ao invés de *competências*, justificando a preferência – *cfr.*, designadamente, *O princípio da...*, p. 17. Como explica, *atribuições* são os interesses prosseguidos pelas pessoas colectivas (elas próprias) e *competência*, no singular, o conjunto de poderes funcionais dos órgãos de pessoas colectivas; no caso, o que está em causa são as *atribuições* da comunidade maior e da comunidade menor. Apesar de compreendermos o rigor da terminologia, utilizaremos as duas expressões indistintamente, na medida em que a maior parte dos documentos oficiais da União, incluindo o Tratado de Lisboa, se refere a *competências*.

exercício de atribuições que os Tratados previamente repartem como não sendo exclusivas da União”³⁷¹.

Considerado como uma redescoberta pelo direito comunitário de ideário pertencente à Doutrina Social da Igreja Católica³⁷², o princípio da subsidiariedade tem sido adjectivado das mais variadas formas. Desde (mero) “princípio de bom senso” ou “princípio da arte de bem governar” a “palavra mágica”, “*working principle of federalism*” ou “Magna Carta das instituições europeias”, há também quem o considere o “epítome da confusão” ou, pelo menos, uma “*esoteric word*” ou mera “*fig-leaf*”³⁷³.

Adoptando uma posição fundada no art. 5.º, n.º 3, do TUE, preceito que expressamente consagra o princípio da subsidiariedade, parece-nos adequado caracterizá-lo juridicamente como “princípio constitucional da União”³⁷⁴ ou “princípio jurídico de nível constitucional na ordem comunitária”³⁷⁵, a que se encontram vinculadas e devem respeito as instituições europeias, sendo susceptível de controlo jurisdicional pelo TJUE.

Não obstante, há que reconhecer as dificuldades de interpretação do princípio, algo impreciso, e consequentemente flexível ou dinâmico – uma “*weaselword*”³⁷⁶. Demonstrativo é o facto de ser simultaneamente invocado por quem defende a preservação de uma ampla esfera de acção dos EM e o consequente refreio da acção *comunitária* e por quem sustenta, ao invés, a especial expansão desta última³⁷⁷. A discussão no pós-Maastricht, após a consagração expressa da subsidiariedade, foi aliás prolixa, como veremos, quanto a saber se deveria ser considerada como tendo uma dimensão descentralizadora ou antes centralizadora.

Muito se discutiu também na doutrina – sobretudo nos anos 80 e 90, por ocasião das primeiras tentativas de inscrever a subsidiariedade nos textos dos Tratado – sobre a

³⁷¹ F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 248. No mesmo sentido, K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 850. Sobre o princípio, na doutrina portuguesa, para além das obras a referir com mais detalhe *infra*, ainda C. BLANCO DE MORAIS, “A dimensão interna...”; F. LUCAS PIRES, “A política social...”.

³⁷² Assim, V. CONSTANTINESCO, “Who’s Afraid of...”, p. 32. Sobre o princípio da função ‘supletiva’ dos poderes públicos (“*‘subsidiarii’ officii principio*”), cfr. a Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI, de 15.5.1931. Para desenvolvimento quanto aos antecedentes históricos e filosóficos do princípio, *vd.*, entre outros, o Autor, *ibidem*, p. 33 a 35; M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 23 a 88; F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 12 a 16; M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 781 a 787.

³⁷³ Referências, respectivamente em: SEC (92) 1990 final – 27.10.1992, p. 1; MACKENZIE-STUART *apud* M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 784; V. CONSTANTINESCO *apud* M. L. DUARTE, *ibidem*, p. 779; G. A. BERMANN, “National Parliaments and...”, p. 157; KNEMEYER *apud* M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 31; G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 333; V. CONSTANTINESCO, “Who’s Afraid of...”, p. 33; G. DE BÚRCA, “Proportionality and Subsidiarity...”, p. 96.

³⁷⁴ F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 140.

³⁷⁵ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 168.

³⁷⁶ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 10.

³⁷⁷ V. CONSTANTINESCO, “Who’s Afraid of...”, p. 35, refere-se às faces de Jano do princípio.

sua natureza: se princípio jurídico, ou tão-somente critério de orientação político. Como ficou indicado, haverá que reconhecê-lo como princípio jurídico³⁷⁸, entendimento que é conforme com a respectiva inclusão e densificação normativa no texto dos Tratados, e ainda com a susceptibilidade do seu controlo jurisdicional. Mas nem por isso deverá desconsiderar-se a sua forte vocação política, estimada aliás como co-responsável, conforme se analisará, pela pouca expressividade da jurisprudência que sobre ele tem incidido.

Trataremos o princípio em duas vertentes: enquanto *norma de acção* e *norma de controlo*. Nessa contraposição, são elucidativas as palavras de J. J. GOMES CANOTILHO³⁷⁹:

“É indubitável que *actuar* e *controlar* são duas funções diferentes, exercidas por órgãos com competências diversas. (...) O legislador, *actua*, concretizando, e o TC, *controla*, concretizando, com base na mesma(s) norma da Constituição. Por outras palavras: uma e a mesma norma da Lei Fundamental funciona como norma de acção e como norma de controlo. Ainda por outra palavras: a mesma norma da Constituição pode ser objecto de *actividade concretizadora a dois níveis funcionais*: concretização pelo legislador na qualidade de norma de acção e concretização pelo Tribunal Constitucional, com a natureza de norma de controlo”.

2. A evolução do princípio da subsidiariedade: em geral

2.1. O AUE e os seus antecedentes: os primeiros passos

É generalizadamente aceite que a origem mais directa da noção de subsidiariedade no direito comunitário remonta a um Relatório da Comissão sobre a União Europeia, apresentado em 26 de Junho de 1975³⁸⁰. Isto apesar de na doutrina também se encontrarem referências à circunstância de algumas disposições do Tratado

³⁷⁸ A este propósito, F. DE QUADROS, *Direito da União...*, designadamente, p. 251; M. D'OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, designadamente p. 166 a 171; M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, designadamente p. 805.

³⁷⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, “A Concretização da...”, p. 353.

³⁸⁰ *Report on European Union, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/75*, em especial, pontos 6 e 11 a 18 (no corpo do texto, traduções nossas). Uma análise desenvolvida do Relatório pode ser encontrada em M. D'OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 92 a 98.

de Roma não terem sido alheias a uma projecção do princípio da subsidiariedade³⁸¹, ou que o art. 5.º do Tratado CECA integrava uma forma embrionária do princípio.

Afirmava a Comissão, no referido Relatório de 1975: “a União Europeia não deve dar origem a um super Estado centralizador. Por conseguinte, e em conformidade com o princípio da subsidiariedade, à União serão atribuídas responsabilidades apenas relativamente àquelas matérias que os Estados-Membros já não sejam capazes de desempenhar de forma eficaz”. Verifica-se que estava em causa a introdução da subsidiariedade enquanto princípio político, a operar no momento da delimitação das atribuições da União³⁸² (“à União serão atribuídas” – “*the Union will be given*”). Todavia, a proposta constante do referido Relatório não teve acolhimento.

O “Projecto de Tratado que institui a União Europeia” aprovado pelo Parlamento Europeu em 14 de Fevereiro de 1984 (o designado “Projecto Spinelli”, por ter tido Altiero Spinelli como seu mentor) é considerado um documento relevante na perspectiva da introdução do princípio da subsidiariedade no domínio do direito da União³⁸³.

O Projecto de Tratado de 1984, depois de referir no preâmbulo a determinação de aprofundar a solidariedade entre os povos da Europa no respeito pela sua identidade histórica e de reconhecer a necessidade de promover a participação das autoridades locais e regionais na unificação da Europa (6.º e 7.º travessões), expressa a intenção dos EM “confiarem às instituições comuns, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, apenas as competências necessárias para cumprirem com sucesso as tarefas que possam realizar de forma mais satisfatória do que os Estados considerados isoladamente” (9.º travessão).

O art. 12.º, n.º 2, do Projecto, concretizaria o princípio enunciado, ainda que sem o designar como tal: “[s]empre que o Tratado atribua uma competência concorrente à União, a acção dos Estados-Membros exerce-se na medida em que a União não tenha intervindo. A União apenas agirá para desempenhar aquelas tarefas que possam ser realizadas de forma mais eficaz em comum do que pelos Estados-Membros agindo separadamente, em particular aquelas cuja execução requeira a acção da União porque a sua dimensão e os seus efeitos ultrapassam as fronteiras nacionais”. Tratou-se da primeira proposta de definição da subsidiariedade no contexto de uma “nova” União,

³⁸¹ Assim, M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 788, dando exemplos. Mais desenvolvidamente, V. CONSTANTINESCO, “Who’s Afraid of...”, p. 42 a 45.

³⁸² Assim, M. D’OLIVEIRA MARTINS, *ibidem*, p. 505.

³⁸³ JO C 77, de 19.3.1984, p. 33 e ss. (no texto, tradução nossa).

mas não passou disso mesmo, já que o Projecto Spinelli não chegou a ser adoptado. Todavia, inspirou os trabalhos subsequentes do PE, sendo de destacar a sua influência em duas resoluções (de 1990), de grande importância na futura consagração do princípio.

A primeira consagração da ideia de subsidiariedade nos textos dos Tratados efectivamente aprovados identifica-se com o AUE, assinado no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia em 28 de Fevereiro de 1986. Destacam-se duas particularidades: o AUE não designou expressamente o princípio da subsidiariedade enquanto tal; e restringiu a ideia de subsidiariedade ao domínio do ambiente, uma das novas competências conferidas à Comunidade.

Com efeito, o art. 130.º-R do Tratado que institui a CEE, aditado pelo art. 25.º do AUE, estabeleceu que “a acção da Comunidade em matéria de ambiente tem por objectivo” “preservar, proteger e melhorar a qualidade do ambiente”, “contribuir para a protecção da saúde das pessoas” e “assegurar uma utilização prudente e racional dos recursos naturais” (n.º 1). E mais expressou que “a Comunidade *intervirá* em matéria de ambiente, *na medida em que os objectivos* referidos no n.º 1 *possam ser melhor realizados a nível comunitário do que a nível dos Estados-membros considerados isoladamente*” (n.º 4).

A acção comunitária em matéria de ambiente, consagrada pelo AUE através da introdução de novo Título no Tratado da CEE, apresentava-se, pois, como subsidiária relativamente à acção nacional. Note-se que o preceito apenas exigia, para que a acção da Comunidade estivesse justificada, que essa intervenção *melhor* realizasse os objectivos em questão, nada dispondo quanto à *insuficiência* da acção dos Estados (requisito posteriormente introduzido).

O trabalho desenvolvido pelo PE é reputado de muito relevante no sentido da consagração do princípio em Maastricht³⁸⁴. Com efeito, na sua Resolução sobre o princípio da subsidiariedade, de 12 de Julho de 1990, o Parlamento dirigiu um forte

³⁸⁴ *Vd. Resolução sobre o princípio da subsidiariedade*, de 12.7.1990 (JO C 231, de 17.9.1990, p. 163 e ss); *Resolução sobre o princípio da subsidiariedade*, de 22.11.1990 (JO C 324, de 24.12.1990, p. 167 e ss.); *Resolução sobre as Conferências Intergovernamentais no âmbito da estratégia do Parlamento Europeu para a União Europeia* (JO C 324, de 24.12.1990, p. 219 e ss.), E ainda, imediatamente após a aprovação do TUE, em balanço conclusivo, *Resolução sobre os resultados das conferências intergovernamentais*, de 7.4.1992 (JO C 125, de 18.5.1992, p. 81 e ss.), aplaudindo “a inclusão no Tratado do princípio da subsidiariedade em defesa das competências nacionais e, principalmente regionais”. Para maiores desenvolvimentos, M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 135 a 171, com uma análise muito exaustiva de toda a documentação que se dedicou ao desenvolvimento do princípio, prévia ao Tratado de Maastricht; e M. R. VILHENA, *O Princípio da...*, p. 40 e ss.

apelo à consagração do princípio tendo em vista “assegurar o desenvolvimento dinâmico da integração europeia e a maior transparência possível na repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-membros”; mais sublinhado a importância do controlo da sua observância pelo TJ enquanto “guardião da repartição de competências”. Já na Resolução sobre o princípio da subsidiariedade, de 22 de Novembro de 1990, o Parlamento apresentou uma proposta de inserção no Tratado da CEE (e nos arts. correspondentes dos Tratados CECA e CEEA) de uma definição do princípio da subsidiariedade através do aditamento de um art. 3.º-A ao Tratado da CEE, bem como do aditamento de um novo art. 172.º-A. Este último preceito previa a competência do TJ para, após a adopção definitiva de um acto mas antes da sua entrada em vigor, controlar se o mesmo “não excede os limites da competência comunitária” à luz do princípio da subsidiariedade (controlo *a priori*).

Merece ainda referência o Conselho Europeu de Roma³⁸⁵, de Dezembro de 1990, onde se reconheceu a importância do princípio da subsidiariedade e onde curiosamente já se apontava para a necessidade de serem analisadas modalidades destinadas a permitir aos Parlamentos nacionais desempenhar o seu papel no desenvolvimento da Comunidade. Mas essa solução, do ponto de vista do controlo da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais, apenas seria adoptada décadas depois com o Tratado de Lisboa.

2.2. O Tratado de Maastricht: a consagração

O princípio da subsidiariedade, enquanto cláusula geral, ganharia consagração no TCE, na sua versão de Maastricht. A doutrina tem considerado que subjacente a essa menção expressa esteve um certo temor dos EM perante a força expansiva das atribuições e competências da Comunidade. Refere-se mesmo a subsidiariedade enquanto “espécie de antídoto à forte e generalizada preocupação dos Estados-membros relativamente à tendência constante da ampliação dos poderes por parte do decisor comunitário”³⁸⁶.

³⁸⁵ *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Roma, 14 e 15 de Dezembro de 1990.*

³⁸⁶ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 790. G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 9, fala-nos de um “*fear of excessive centralisation and of inexorable increase in Community action and influence*” como razão para a introdução da subsidiariedade “*as formal norm of EU law*”. Também no mesmo sentido, G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 347, considerando que “[v]iewed as a whole, the Maastricht Treaty thus reflects a strong linkage between the expansion of Community competences and the necessity of self-restraint in their exercise”. Ainda no

A doutrina aponta três factores, relacionados com o AUE e as negociações de Maastricht, justificativos deste temor em relação à *Comunidade*, que em Maastricht deixa simbolicamente de ser *Económica Europeia* para passar a ser *Europeia*: i) os poderes de intervenção relativamente a novos domínios (em Maastricht, educação, cultura, saúde pública, protecção dos consumidores, indústria, entre outros³⁸⁷, e já no AUE, política social, ambiente, inovação tecnológica, entre outros); ii) alteração no processo decisório ao nível do Conselho (da unanimidade para a maioria qualificada); iii) a própria “doutrina” integracionista do TJ³⁸⁸.

O Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, aditou ao Tratado que institui a Comunidade Europeia (nova designação) um art. 3.º-B, dando consagração expressa ao princípio no seu segundo parágrafo – “[a] *binding, enforceable and justiciable expression of the principle within primary EC law*”³⁸⁹.

De referir que as menções de Maastricht ao princípio não se ficaram pela sua consagração no mencionado preceito do TCE. É de destacar que o preâmbulo do TUE enunciou o desejo de “aprofundar a solidariedade entre os seus povos, *respeitando a sua História, cultura e tradições*” e a resolução “em continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, *em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade*” (5.º e 12.º considerandos, respectivamente).

Também o seu art. A, § 2, referia que o novo Tratado assinalava “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as *decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos*”³⁹⁰; o seu art. B referia que “os *objectivos da União serão alcançados* de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário

mesmo sentido, K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 4 a 7, considerando que os EM pretenderam “*faire obstacle aux dérives qu’ils considèrent comme injustifiées*”.

³⁸⁷ Analisaremos mais pormenorizadamente a competência em matéria de justiça e assuntos internos (JAI).

³⁸⁸ Assim G. A. BERMANN, p. 362 a 366, e K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, p. 4 a 7, nas obras *supra* citadas; e ainda K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 851 e 852. Também referindo-se à questão da perda da unanimidade no Conselho, e analisando o art. 100.º do TCEE e o art. 100.º-A aditado ao TCEE pelo AUE, T. TRIDIMAS, “Competence after Lisbon...”, p. 47 e 48. Ainda D. WYATT, “Could a ‘yellow....’”, p. 2, assinalando que com a introdução da regra da maioria qualificada o número anual de actos adoptados pelas instituições mais do que duplicou entre 1986 e 1992 – de 311 para 752.

³⁸⁹ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 16.

³⁹⁰ G. DE BÚRCA, *ibidem*, identifica esta fórmula como a “*democratic expression of subsidiarity*”, distinguindo-a da “*narrower legal formulation of subsidiarity*” do art. 3.º-B do TCE (“*hard legal core of subsidiarity*”).

nele previstos, *respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no artigo 3.º-B do Tratado que institui a Comunidade Europeia*”; e o seu art. F reiterava o respeito, pela União, “da *identidade nacional dos Estados-membros*, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos”.

Por outro lado, considerando que a subsidiariedade terá sido introduzida como reacção a um alargamento manifesto das competências da Comunidade a novos domínios, não é de estranhar que o Tratado de Maastricht se tenha também empenhado em introduzir a *linguagem da subsidiariedade* nos capítulos dedicados às novas competências comunitárias – a título de exemplo, arts. 126.º, 127.º, 128.º, 129.º, 129.º-A e 130.º do TUE³⁹¹.

Note-se que, como adiante melhor explicitaremos, o Tratado de Maastricht consagrou expressamente a subsidiariedade no âmbito do (então novo) terceiro pilar (JAI) – cfr. o art. K.3, n.º 2, al. b), do TUE.

A discussão em torno do princípio da subsidiariedade, no pós-Maastricht, foi intensa. Para tanto contribuiu não só a intensa produção doutrinária nos anos 90, mas igualmente o labor das instituições comunitárias, que nesses anos produziram vasta documentação destinada ao desenvolvimento e interpretação do princípio.

De destacar são os Conselhos Europeus de Lisboa, Birmingham, e muito especial de Edimburgo, este último com uma *Abordagem global da aplicação pelo Conselho do princípio da subsidiariedade e do artigo 3.º-B do Tratado da União Europeia*, cujas orientações foram depois incorporadas no Protocolo relativo à aplicação do princípio introduzido em Amesterdão³⁹². Referência especial merece

³⁹¹ Assim G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 346. Em sentido próximo, F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 34 a 36, que encontra concretizações do princípio nos seguintes preceitos dos Tratados, versão de Maastricht: art. J.4, n.º 4, do TUE (PESC), arts. 118.º-A (condições de trabalho), 126.º (educação), 128.º (cultura), 129.º (saúde pública), 129.º-A (defesa dos consumidores), 129.º-B (redes transeuropeias), 130.º (indústria) e 130.º-G (investigação e desenvolvimento tecnológico), todos do TCE, e art. 2.º do Protocolo relativo à política social. Em sentido próximo, *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Edimburgo, 11 e 12 de Dezembro de 1992 – Abordagem global da aplicação pelo Conselho do princípio da subsidiariedade e do artigo 3.º-B do Tratado da União Europeia*, que destaca o art. K.3, n.º 2, al. b), do TUE.

³⁹² Cfr. *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa, 26 e 27 de Junho de 1992*, em especial p. 9 e 10, afirmando a “inclusão no Tratado do princípio da subsidiariedade enquanto nova regra fundamental juridicamente vinculativa” e sublinhando “que o futuro desenvolvimento harmonioso da União depende em grande medida da rigorosa aplicação, por todas as Instituições, do princípio da subsidiariedade, à legislação presente e futura”; *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Birmingham, 16 de Outubro de 1992*, manifestando ser “essencial dar vida a este princípio – da ‘subsidiariedade’ ou ‘proximidade’ – se pretendemos que a Comunidade se desenvolva com o apoio dos seus cidadãos”, mais apontando para as decisões a adoptar no Conselho Europeu seguinte, baseadas em relatórios sobre o princípio (vd. *Anexo I – Declaração de Birmingham – Uma Comunidade próxima dos*

também a Comunicação da Comissão datada de 27 de Outubro de 1992 dedicada ao princípio, considerada um importante elemento para o seu estudo³⁹³. Relevante ainda, no pós-Maastricht, é o Acordo Interinstitucional entre o PE, o Conselho e a Comissão sobre os procedimentos para a aplicação do princípio da subsidiariedade, aprovado pelo Parlamento em 17 de Novembro de 1993, no qual se estabelece o compromisso das três instituições relativamente à observância e controlo do princípio³⁹⁴.

Estando em causa “uma nova regra fundamental juridicamente vinculativa”, como foi identificada pelo Conselho Europeu de Lisboa, o debate no pós-Maastricht centrou-se na enunciação de directrizes de interpretação do princípio, sempre apontado de complexa concretização. Por outro lado, a discussão foi profícua quanto a determinar a sua verdadeira natureza: princípio de “pulsão centrípeta ou centralizadora” ou princípio descentralizador enquanto “limite à expansão das competências comunitárias”^{395 396}.

Há que reconhecer que o princípio, na sua génese histórica no âmbito do direito comunitário, surge precisamente como reacção – e por isso como tentativa de imposição

seus cidadãos); *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Edimburgo, 11 e 12 de Dezembro de 1992*, com uma *Abordagem global da aplicação pelo Conselho do princípio da subsidiariedade e do artigo 3.º-B do Tratado da União Europeia* (Anexo 1 à Parte A) e com uma análise, promovida pela Comissão na sequência de Birmingham, de reapreciação de certas propostas pendentes e da legislação em vigor à luz do princípio da subsidiariedade (Anexo 2 à Parte A).

³⁹³ SEC (92) 1990 final – 27.10.1992. Veja-se, também da Comissão, COM (93) 545 final – 24.11.1993. De referir ainda os relatórios da Comissão sobre a subsidiariedade, produzidos entre 1994 e 1997, na sequência do compromisso assumido no Acordo Interinstitucional. Para uma visão exhaustiva desses relatórios, bem como das reacções críticas do PE, M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 210 a 244.

³⁹⁴ *Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão sobre os procedimentos para a aplicação do princípio da subsidiariedade* (JO C 329, de 6.12.1993).

³⁹⁵ Expressões de M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 791 e 792, apontando no sentido de um “factor de desintegração”. Também assim, K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 11, analisando o preceito que consideram incorporar ordens de abstenção (e não ordens de acção), e afirmando que o princípio deve “*en effet, jouer un rôle de frein face aux appétits, jugés excessifs par certains, de la Communauté*”. Ainda D. WYATT, “Subsidiarity and judicial...”, p. 505 e 506: “[s]ubsidiarity was never needed to ensure that subject matter eligible for regulation at the Community level be so regulated; it was sorely needed to temper what at least appeared to be the propensity to regulate at the Community level for its own sake”. No mesmo sentido, F. DE QUADROS, “O princípio da...”, p. 237 e 238, e G. A. BERMAN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 339 e ss. Mas em sentido diferente parece estar J. SCHWARZE, “Le principe de...”, p. 618, quando afirma que o princípio servirá de meio de integração, destinado a assegurar um consentimento amplo para a aceitação do processo europeu no futuro. Também G. DAVIES, “Subsidiarity: the wrong...”, p. 68 e 76 a 77, considera o princípio centralizador, mas criticando-o por isso mesmo; na sua opinião, a subsidiariedade dá aos EM “*a right to employment in Community service, wherever they can show that they are up to the task, but it does not give them a voice, let alone a seat on the board*”, “*Member States simply cannot do at all many of the cross-border things that the Community can do (...)* Subsidiarity therefore serves primarily as a masking principle, presenting a centralizing polity”.

³⁹⁶ Quanto a este ponto, assinala-se o Ac. do TC Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastricht sobre a UE, claramente tributário da ideia descentralizadora. Cfr. “Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Karlsruhe, 2.ª Secção, 12 de Outubro de 1993 – 2 BVR 2134792, 2 BVR 2159792”, na versão traduzida por M. Brito Correia, p. 263 a 315.

de um limite – à expansão das competências comunitárias; isto em favor de um espaço decisório nacional. Pressupondo, portanto, uma abstracta primazia dos EM no exercício das atribuições não exclusivas (concorrentes), o que é aliás conforme com o desiderato, também expresso em Maastricht, de que as decisões sejam tomadas ao *nível mais próximo* dos cidadãos. Sem que isso signifique evidentemente pôr em causa as atribuições conferidas à União pelos Tratados: trata-se tão-só de regular o seu exercício.

Pode até afirmar-se, com KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE³⁹⁷, que a questão de saber se a subsidiariedade constitui factor de integração ou de desintegração está em certa medida mal enunciada, devendo antes partir-se de uma abordagem mais global. Ou seja, uma abordagem global que perspective não apenas o art. 3.º-B, mas o conjunto do TUE: embora a subsidiariedade se enuncie como factor de desintegração, é também verdade que surge num cenário de grande integração, ou seja, num contexto de expansão das competências da União (inclusive a domínios tradicionalmente vistos como atributos da soberania), e como seu contraponto. Como afirmam, “mais competências, competências de um novo tipo, mas competências cuja implementação é suspensa à prova da insuficiência dos Estados-Membros”.

Mas mesmo quem, como por exemplo o PE, sempre aplaudiu o princípio enquanto “defesa das competências nacionais”³⁹⁸, não deixou de se preocupar com uma eventual instrumentalização do mesmo³⁹⁹ perniciosa para o desenvolvimento do direito comunitário. Não foi por acaso que o Protocolo de Amesterdão, a analisar *infra*, se revestiu de certas cautelas.

2.3. O Tratado de Amesterdão: a densificação através do Protocolo

O Tratado de Amesterdão, assinado em 2 de Outubro de 1997, deixou inalterado o art. 3.º-B do TCE, renumerando-o como art. 5.º. Também o preâmbulo e os arts. A, B e F do TUE, renumerados arts. 1.º, 2.º e 6.º, mantiveram, com algumas alterações textuais⁴⁰⁰, o mesmo sentido essencial. Verifica-se que o princípio da subsidiariedade tal como definido no art. 3.º-B do TCE na versão de Maastricht, convertido em art. 5.º do TCE na versão de Amesterdão, não sofreu alteração de relevo.

³⁹⁷ K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 81.

³⁹⁸ *Resolução sobre os resultados das conferências intergovernamentais*, de 7.4.1992.

³⁹⁹ *Resolução sobre a adaptação da legislação em vigor ao princípio da subsidiariedade*, de 20.4.1994 (JO C 128, de 9.5.1994) (em reacção crítica ao Relatório da Comissão de 1993).

⁴⁰⁰ Ex.: no preâmbulo passou a prever-se que as decisões “tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos” (fórmula de Maastricht) fossem também tomadas “de uma forma tão aberta quanto possível”.

A maior novidade de Amesterdão foi a introdução do Protocolo (n.º 30, na versão consolidada) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao TCE e dele parte integrante. Este Protocolo (“Protocolo de Amesterdão”), com o objectivo de densificar o art. 5.º do TCE, veio “constitucionalizar” as directrizes que já vinham sendo seguidas, em particular a partir do Conselho Europeu de Edimburgo⁴⁰¹ (cfr., com mais desenvolvimento, *infra*, ponto 4.).

Nos termos do seu preâmbulo, o objectivo do Protocolo centrou-se em “fixar as condições de aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 3.º-B [art. 5.º] do Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de definir de forma mais precisa os critérios de aplicação desses princípios e assegurar o respectivo cumprimento rigoroso e aplicação coerente por parte de todas as Instituições”. Com efeito, “a aplicação institucional do princípio da subsidiariedade passa a orientar-se por regras e procedimentos que têm um grau de imperatividade equivalente ao das normas dos tratados institutivos, mormente o artigo 3.º-B (futuro artigo 5.º) do T.C.E.”⁴⁰².

O Tratado de Nice, assinado em Nice em 26 de Fevereiro de 2001, não integrou alterações relevantes no domínio da consagração do princípio da subsidiariedade. O mesmo não se poderá dizer do malogrado Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004, que efectivamente introduziu algumas alterações ao regime jurídico do princípio⁴⁰³. Dispensaremos a sua análise na medida em que as suas propostas, no que respeita à subsidiariedade, foram incorporadas no Tratado de Lisboa.

2.4. O Tratado de Lisboa: o regime vigente

O Tratado de Lisboa retomou o princípio da subsidiariedade no art. 5.º, n.ºs 1 e 3, agora do TUE, recuperando as formulações anteriores, com algumas e não despidiendas *nuances* textuais. De destacar, por enquanto brevemente: i) a referência à União (e não já à Comunidade), na lógica da abolição dos pilares e em coerência com a

⁴⁰¹ Assim G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 44. Desenvolvidamente sobre o protocolo, M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 271 a 293.

⁴⁰² Assim, M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 797.

⁴⁰³ *Vd.*, no âmbito da Convenção Europeia, as *Conclusões* do GT sobre o princípio da subsidiariedade (Grupo I): CONV 286/02 – 23.9.2002.

integração no TUE da norma que consagra a subsidiariedade; ii) a menção expressa à dimensão regional e local, que não apenas central, dos EM; iii) e a menção a que “*o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados*”, em termos que é certo já resultavam das formulações anteriores, mas que ora se clarifica ocorrer “em virtude do *princípio da proporcionalidade*”⁴⁰⁴.

O Tratado de Lisboa também substituiu o Protocolo de Amesterdão pelo Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, para o qual o art. 5.º, n.º 3, do TUE, agora expressamente remete. De assinalar que o novo Protocolo prevê expressamente a competência do TJUE para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um acto legislativo (trata-se de uma precisão, uma vez que tal já decorria das normas gerais), mais introduzindo alterações quanto ao acesso ao Tribunal pelo Comité de Regiões. O novo Protocolo prevê ainda a inclusão dos Parlamentos nacionais no sistema de controlo da subsidiariedade⁴⁰⁵.

São várias as expressões da ideia de subsidiariedade no Tratado de Lisboa, na esteira dos textos de Maastricht e Amesterdão.

A primeira referência à subsidiariedade encontra-se plasmada no preâmbulo do TUE: os EM expressam o seu desejo em “aprofundar a solidariedade entre os seus povos, *respeitando a sua história, cultura e tradições*”; mais declarando a sua resolução “em continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, *em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade*” (6.º e 13.º considerandos, respectivamente). O respeito pela “identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”, compromisso da União, está expresso no art. 4.º, n.º 2, do TUE. Também o art. 1.º proclama “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as *decisões* serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao *nível mais próximo possível dos cidadãos*”.

O art. 5.º, n.º 1, do TUE, esclarece que a *delimitação das competências* se rege pelo princípio da atribuição enunciado no n.º 2. O art. 5.º, n.º 3, dedica-se a um dos

⁴⁰⁴ O princípio da proporcionalidade já não se refere apenas à *acção da União*, mas ao *conteúdo e forma da acção da União*.

⁴⁰⁵ *Vd.*, no âmbito da Convenção Europeia, o *Relatório final* do GT sobre os PN (Grupo IV): CONV 353/02 – 22.10.2002.

princípios que, nos termos do n.º 1, rege o *exercício dessas competências*: o princípio da subsidiariedade. O outro princípio que enforma a disciplina do *exercício das competências* é o princípio da proporcionalidade referido no n.º 4 (o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário).

Relativamente ao princípio que ora nos ocupa, o Tratado concretiza que “*em virtude do princípio da subsidiariedade*, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém *apenas se e na medida* em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos EM, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”.

A menção ao *nível central, regional e local dos EM*, bem como o novo estatuto de acesso ao Tribunal pelo Comité das Regiões correspondente a uma sua aspiração antiga, introduz uma particularidade. Ou seja, introduz na subsidiariedade, até então vista como horizontal (UE – EM), uma dimensão vertical, em que a intervenção dos níveis regional e local, internamente considerada, é igualmente convocada⁴⁰⁶.

De referir que, nos termos do mesmo TUE, “as instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” e que “os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo”.

Com efeito – trata-se de uma das grandes novidades de Lisboa –, os Parlamentos nacionais contribuem activamente para o bom funcionamento da União, garantindo o respeito pelo princípio da subsidiariedade (art. 12.º, al. b), do TUE). No domínio do ELSJ em particular, o art. 69.º do TFUE estatui expressamente, ainda que tal já resultasse do art. 5.º do TUE, que no tocante às propostas e iniciativas apresentadas no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade, em conformidade com o Protocolo.

O Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo aos Tratados, identifica, na senda dos textos anteriores, *subsidiariedade com proximidade entre os cidadãos e as decisões*. Daí que, nos termos

⁴⁰⁶ Cfr. M. D’OLIVEIRA MARTINS, “O novo regime...”, p. 51, desenvolvendo as aspirações do Comité de Regiões.

do Protocolo: i) cada instituição assegure continuamente a observância do princípio da subsidiariedade (art. 1.º); ii) a Comissão proceda a amplas consultas (art. 2.º); iii) todas as instituições responsáveis pela emanção de projectos de actos legislativos, enviem esses projectos, bem como os textos alterados, aos Parlamentos nacionais (art. 4.º); iv) que esses projectos legislativos sejam fundamentados relativamente ao princípio da subsidiariedade, com inclusão de uma ficha com elementos circunstanciados que permitam apreciar a observância do princípio (art. 5.º); v) que os Parlamentos nacionais possam exercer o controlo da conformidade do projecto de acto legislativo com o princípio da subsidiariedade, segundo um procedimento próprio (arts. 6.º e 7.º); vi) que o TJUE seja competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação, por um acto legislativo, do princípio da subsidiariedade, também sob iniciativa dos Parlamentos nacionais e, em certos casos, do Comité de Regiões (art. 8.º); vii) e que a Comissão apresente anualmente um relatório sobre a aplicação do art. 5.º do TUE. Dedicaremos atenção a cada um destes temas *infra*.

O novo Protocolo (“Protocolo de Lisboa”) tem todavia uma dimensão estritamente procedimental. A versão de Amesterdão, diferentemente, continha pistas interpretativas densificadoras do princípio – tratava-se então, não apenas de “fixar as condições de aplicação”, mas ainda de “definir de forma mais precisa os critérios de aplicação”. Apesar da substituição verificada, entendemos nada impedir que o intérprete recupere as referidas pistas interpretativas. A Comissão, aliás, já o defendeu⁴⁰⁷.

O Tratado de Lisboa vem acompanhado de uma Declaração (n.º 18) sobre a delimitação de competências, que prevê que a União pode decidir revogar um acto legislativo, designadamente para melhor garantir o respeito constante dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

3. A evolução do princípio da subsidiariedade: em especial no contexto da harmonização do direito penal substantivo

Como ficou referido, a subsidiariedade foi definitivamente inscrita no texto dos Tratados pelo Tratado de Maastricht, através do aditamento do art. 3.º-B do TCE,

⁴⁰⁷ Cfr. COM (2011) 344 final – 10.6.2011, p. 2. A referência é de P. DE HERT e I. WIECZOREK, “Testing the Principle...”, p. 398; no mesmo sentido, D. WYATT, “Could a ‘yellow...’”, p. 13, defendendo que não está em causa nenhuma redução dos fundamentos subjacentes ao controlo; e M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 396.

entretanto reformulado. Sem prejuízo dessa consagração genérica, o Tratado de Maastricht consagrou *expressamente* a subsidiariedade no âmbito do (então novo) terceiro pilar, já que o art. K.3, n.º 2, al. b), do TUE, passou a prever a possibilidade de o Conselho “[a]doptar acções comuns, na medida em que os objectivos da União possam ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-membros actuando isoladamente, *atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista*”⁴⁰⁸.

Mais se note, com interesse, tal como assinalam KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE⁴⁰⁹, que o referido art. K.3, n.º 2, al. b), do TUE, contrariamente ao disposto no art. 3.º-B do TCE, apenas se referia à circunstância de os objectivos serem *melhor realizados*, nada referindo quanto ao critério da *insuficiência* da acção dos Estados. Uma explicação possível, a nosso ver, pode estar na circunstância de nesta fase tão embrionária da construção do espaço penal europeu os EM não estarem ainda preparados para admitir, e inscrever nos Tratados, a possibilidade da insuficiência da sua acção isolada no domínio penal. Ou seja, e admitindo-se em abstracto e em princípio a suficiência da acção dos Estados, o Conselho apenas poderia intervir no caso de assim se atingirem, *de forma mais eficaz*, os objectivos da acção considerada.

Por outro lado, é interessante notar que o referido art. K.3, n.º 2, al. b), do TUE, contrariamente ao disposto no art. 3.º-B do TCE, claramente refere a acção *isolada* dos EM. Com efeito, na vigência de Maastricht, a cooperação judiciária em matéria penal estava sempre e em qualquer caso enquadrada pelo método intergovernamental, daí que a discussão só se pudesse colocar ao nível da alternativa entre a acção *isolada* e a acção *intergovernamental*⁴¹⁰.

Na vigência do Tratado de Amesterdão, e apesar de a cláusula geral de subsidiariedade persistir no TCE, não encontramos consagração análoga à prevista no art. K.3 no inaugurado domínio da “cooperação judiciária em matéria penal” inscrita no recém-constituído “espaço de liberdade, segurança e justiça” (TUE). Com efeito, do art. 29.º do TUE desaparece qualquer referência equivalente.

⁴⁰⁸ K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 33, referem o art. K.3 como exemplo de “*manifestations évidentes du principe de subsidiarité*”; Para G. A. BERMAN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 346 e 347, o texto do art. K.3 “*contain[s] language highly suggestive of subsidiarity*”.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ Cfr. quanto à discussão mais geral ao nível do art. 3.º-B do TCE, K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, *ibidem*, p. 46 e 47.

Não obstante, se tomarmos por referência um conceito amplo daquilo que tem sido identificado como a “linguagem da subsidiariedade” – ou, pelo menos, como “concretizações do princípio da subsidiariedade”⁴¹¹ –, encontramos menções claramente tributárias dessa ideia no TUE de Amesterdão. Persistiam, pois, no quadro da disciplina da “cooperação judiciária em matéria penal”, vários elementos indiciadores da ideia da *subsidiariedade*.

Destacam-se, quanto à harmonização enunciada nos Tratados de Amesterdão/Nice, o disposto no art. 29.º, terceiro travessão, do TUE, a admitir a possibilidade de a UE promover “uma aproximação, *quando necessário*, das disposições de direito penal dos Estados-Membros”. E ainda o art. 31.º, al. e), do TUE, referindo a possibilidade de “[a]doptar *gradualmente* medidas que prevejam *regras mínimas* quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis”. Mais se refira a base jurídica discutida como norma habilitante para as iniciativas de harmonização processual penal, o art. 31.º, al. c), do TUE, referindo a possibilidade de “[a]ssegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, *na medida do necessário* para melhorar a referida cooperação”.

Por outro lado, o TUE não era silencioso nas concretas “*expressões* do princípio da subsidiariedade”⁴¹². É certo que o princípio da subsidiariedade tinha a sua consagração no TCE, mas o art. 2.º do TUE previa também que “[os] objectivos da União serão alcançados de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário nele previsto, *respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no artigo 5.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia*”.

Como refere MARGARIDA D’OLIVEIRA MARTINS – defendendo que “o princípio da subsidiariedade vale como um princípio aplicável no âmbito da União Europeia” podendo pois aplicar-se “em sede (...) de cooperação policial e judiciária em matéria penal” –, “seria estranho que a menção ao princípio da subsidiariedade neste artigo [2.º do TUE] tivesse como única utilidade o anúncio da sua existência no quadro do TCE para aí o confirmar”⁴¹³. A Autora adverte contudo para a extrema limitação da

⁴¹¹ F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 34 a 36, falando de “concretizações do princípio da subsidiariedade”; ainda as *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Edimburgo, 11 e 12 de Dezembro de 1992 – Abordagem global da aplicação pelo Conselho do princípio da subsidiariedade e do artigo 3.º-B do Tratado da União Europeia*, p. 3.

⁴¹² F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 34 (destaque nosso).

⁴¹³ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 270. No mesmo sentido, F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 33, para quem, ainda na vigência de Maastricht, “não há qualquer razão, nem de Direito nem de

sindicabilidade do princípio da subsidiariedade no âmbito do segundo e terceiro pilares, referindo para tanto o art. 46.º do TUE⁴¹⁴.

A propósito do exposto, sempre cumprirá lembrar que o ex-terceiro pilar preservou em Amesterdão a regra da unanimidade no Conselho, pelo que a importância relativa do princípio da subsidiariedade não seria porventura tão expressiva: qualquer iniciativa necessitava, nessa fase, do acordo de *todos* os EM⁴¹⁵. Nessa medida, justificase considerar, seguindo MASSIMO DONINI⁴¹⁶, que quando um projecto se baseia no recebimento espontâneo pelos EM, ou em formas de cooperação mais “suaves”, teme menos a prova da subsidiariedade.

O problema relativo à efectiva sujeição do “direito penal europeu” ao princípio da subsidiariedade ficou definitivamente resolvido pelo Tratado de Lisboa. Com efeito, com a abolição dos pilares e as clarificações em torno do art. 5.º do TUE, não persiste dúvida relevante quanto à aplicabilidade dessa norma, e assim do princípio da subsidiariedade, neste quadro. O que é tanto mais importante quanto se verificou um claro reforço da competência da União em matéria penal (competência concorrente – cfr. art. 4.º, n.º 2, al. j), do TFUE), a par do afastamento da regra da decisão por unanimidade.

Mais se note que apesar da mudança de paradigma conduzida pelo Tratado de Lisboa no domínio da “cooperação judiciária em matéria penal” inscrita no ELSJ, e apesar da aplicabilidade do art. 5.º do TUE neste domínio, o certo é que a “linguagem

Lógica, para que a subsidiariedade só vigore no âmbito da CE e não no âmbito global da União Europeia”, ou seja, “a subsidiariedade [é] um princípio fundamental *de toda a União Europeia* e não apenas de uma das Comunidades”. Também assim, e também na vigência de Maastricht, K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 848.

⁴¹⁴ No mesmo sentido, K. LENAERTS, *ibidem*, referindo que o princípio “[is] although only justiciable in the European Court of Justice, within the scope of application of the EC Treaty, and in relation to the powers of the European Community”.

⁴¹⁵ Como recorda K. LENAERTS, *ibidem*, p. 851 e 852, a consagração expressa do princípio da subsidiariedade surge no contexto de uma evolução em que os EM, com a alteração no processo decisório ao nível do Conselho (da unanimidade para a maioria qualificada), sopesavam o risco da perda do “direito de veto”: “Member States lose the right to veto Community action under the new powers and feel the need to insert an expressly protective clause”, “a self-defence against what they perceive as the risk of excessive use of non-exclusive Community powers”. Problema que, com efeito, não se manifestava no domínio do ex-terceiro pilar na vigência de Amesterdão. Mas também podemos afirmar que, ainda assim, o princípio da subsidiariedade mantinha a sua pertinência, já que os representantes dos EM no Conselho não são necessariamente os únicos *stakeholders* dos interesses que subjazem à consagração do princípio. Denota M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 392, ainda que sem ligar essa circunstância às questões enunciadas no texto (questão da unanimidade e controvérsia sobre a aplicabilidade do princípio no domínio do ELSJ), que nem sempre nas DQ aprovadas no contexto do Tratado de Amesterdão/Nice foi feito constar, nos considerandos, menção ao princípio. São exemplos disso a DQ 2003/80/JAI (protecção penal do ambiente) e a DQ 2003/568/JAI (corrupção no sector privado).

⁴¹⁶ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 175.

da subsidiariedade”, no sentido que vimos enunciando, não foi expurgada do Tratado; antes pelo contrário.

O art. 67.º, n.º 1, do TFUE, começa por afirmar que a União “constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça” “no respeito dos direitos fundamentais e dos *diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros*”, o que vai de encontro à fórmula do art. 4.º, n.º 1, do TUE. Já o seu n.º 3 especifica que o pretendido elevado nível de segurança é alcançado via, designadamente, da aproximação das legislações penais; mas isto apenas “*se necessário*”. Segundo HELMUT SATZGER, o art. 67.º, n.º 3, “pode ser visto em correlação com o princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 1 e 3, do TUE), exigindo que o combate contra o respectivo crime não seja possível com a mesma eficácia ao nível nacional”⁴¹⁷.

O art. 82.º, n.º 2, a base jurídica para a harmonização do direito processual penal, é “*highly suggestive of subsidiarity*”⁴¹⁸. O PE e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adoptar regras harmonizadoras. Mas trata-se de “*regras mínimas*”, que “*têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros*”, e que são adoptadas apenas “[n]a medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária” e “nas matérias penais *com dimensão transfronteiriça*”⁴¹⁹. Além de que a adopção dessas regras mínimas “*não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas*”.

Já no âmbito da harmonização penal substantiva, a “*linguagem da subsidiariedade*” não é porventura tão expressiva quanto no preceito antecedente. Ainda assim, o art. 83.º, n.º 1, especifica que o PE e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer “*regras mínimas* relativas à definição das infracções penais e das sanções”, em domínios específicos de “*criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça*”

⁴¹⁷ H. SATZGER, *International and European...*, p. 76. Note-se que o Autor relaciona ainda a referida menção com o princípio da “*ultima ratio*”.

⁴¹⁸ Expressão, já referida, de G. A. BERMAN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 347.

⁴¹⁹ Sobre o tema da relação entre o princípio da subsidiariedade e o direito processual penal, e com especial reflexão crítica quanto à Directiva 2012/29/UE (“*vítimas da criminalidade*”), J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”. *Vd.* o Autor, p. 3, referindo, no sentido do texto, acreditar que a subsidiariedade “*permeates the whole design of Article 82(2) TFUE since the exercise of the competence is conditioned upon the fact that the proposed legislative measures ‘facilitate mutual recognition’ in criminal matters having a ‘cross-border dimension’*”. Contudo, na opinião do Autor, a menção ao critério da “*dimensão transfronteiriça*” é supérflua por resultar já do critério implícito ao princípio da subsidiariedade.

que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns". E mesmo quanto à competência harmonizadora do art. 83.º, n.º 2, refere-se, com relevância, a necessidade de a aproximação/harmonização penal se afigurar "*indispensável* para assegurar a execução *eficaz* de uma política da União", e "num domínio que tenha sido [já] objecto de medidas de harmonização". ANABELA MIRANDA RODRIGUES identifica aqui uma "manifestação especial do princípio da subsidiariedade" ou "grau mais apertado de subsidiariedade"⁴²⁰.

Nesse âmbito, há ainda que referir o art. 69.º do TFUE, especificando o que resultava já da norma geral dos arts. 5.º e 12.º do TUE. Trata-se, pois, de um *reforço da subsidiariedade* neste particular domínio: no tocante às propostas e iniciativas legislativas apresentadas no âmbito do capítulo da "cooperação judiciária em matéria penal", os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade em conformidade com o respectivo Protocolo; e isto com as regras especiais ali previstas quanto ao número de pareceres necessários para dar origem ao designado "cartão amarelo".

Diga-se por fim que a acção da União no particular domínio da "cooperação judiciária em matéria penal" enquadrada no "espaço de liberdade, segurança e justiça", esclarecida como domínio de competência partilhada pelo art. 4.º do TFUE, está submetida ao *princípio geral da subsidiariedade* tal como previsto no art. 5.º do TUE. Tratando-se de competência não exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos EM, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

Se é verdade que o princípio da subsidiariedade se afirmou no período do AUE com um fundamento que encontra respaldo nesse específico contexto histórico, nem por isso deve ser considerado como um princípio anacrónico. O Tratado de Lisboa, para além de o re-orientar ou re-conformar no seu texto (art. 5.º do TUE), tornou-o objecto de uma nova espécie de controlo político até então omissa e pleno de significado: o controlo da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais. Ao que vem acrescer uma

⁴²⁰ A. MIRANDA RODRIGUES, "Artigo 83.º", p. 438.

nova modelação da legitimidade activa para recorrer para o TJUE em caso de violação de tal princípio.

4. Subsidiariedade *jus-comunitária*: sentido e alcance à luz do Tratado de Lisboa

4.1. A compreensão da subsidiariedade enquanto princípio regulador do *exercício* de competências

O princípio da subsidiariedade, na sua dimensão positivada (art. 5.º do TUE), constitui um princípio regulador ou disciplinador do *exercício* de competências. Fala-se em *exercício* e não em *atribuição*, já que a atribuição de competências depende sempre do poder constituinte, ou seja, “é um assunto para os autores da nossa ‘Constituição’, quer dizer, do Tratado”⁴²¹.

O art. 5.º, n.º 1, do TUE, é claro quanto a este ponto: “a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição”, em virtude do qual “a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos” (n.º 2). Mas “o *exercício* das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”. Note-se que o Protocolo de Amesterdão foi cuidadoso ao prever, no seu ponto 3, que o princípio da subsidiariedade não põe em causa as competências conferidas à Comunidade Europeia pelo Tratado, “tal como interpretad[a]s pelo Tribunal de Justiça”.

Todavia, como refere MARIA LUÍSA DUARTE⁴²², o conceito de subsidiariedade, enquanto critério operativo no que respeita à delimitação entre vários níveis de decisão política, pode emergir “por altura da elaboração do pacto constituinte” enquanto “critério de densificação que condiciona a repartição vertical de competências na perspectiva da sua titularidade e da natureza (exclusiva ou concorrencial) dos poderes atribuídos a um e outro nível de decisão”.

Nada impedirá, nos termos apontados pela Autora, de equacionar ou discutir o *conceito ou a ideia de subsidiariedade* nos sobreditos termos. Mas não se tratará então de invocar o princípio tal como positivado nos Tratados, com todas as suas

⁴²¹ Relatório da Comissão de 27.10.1992: SEC (92) 1990 final.

⁴²² M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 784.

consequências *legais*, mas antes como ideia político-filosófica de um *dever ser* (discussão particularmente fértil, essa do *dever ser*, quanto à competência penal da Comunidade, nos anos 90⁴²³). Todavia, no sentido em que se encontra positivado no art. 5.º do TUE, e que mais interessa à lógica do nosso texto, o princípio opera como “condição de exercício de uma competência de titularidade partilhada”.

Num momento em que a competência penal da União está firmada (os Estados “aceitaram uma heterolimitação dos seus poderes”⁴²⁴), entendemos ser oportuno discutir concretamente: i) os limites ou o desenho dessa competência (os persistentes *competence issues* – cfr. Parte I); ii) o *exercício* da competência, tal como modelado pela subsidiariedade e proporcionalidade, enunciadas pelo art. 5.º do TUE precisamente enquanto critérios reguladores desse exercício.

Mais se refira que nada parece impedir a defesa de uma interpretação da subsidiariedade que, respeitando os seus fundamentos e aproveitando a sua plasticidade, a adeque à política em causa. Mas sempre, ao que nos parece, enquanto critério *regulador* do exercício de competências atribuídas. Tal como o discurso *comunitário* deve respeitar os paradigmas do discurso penal (tem sido uma luta argumentativa muito válida dos Penalistas⁴²⁵), o inverso também é verdadeiro.

Sublinhamos as palavras de MARGARIDA D’OLIVEIRA MARTINS⁴²⁶: as competências da União “são conferidas pelo Tratado e apenas por este, não podendo o princípio da subsidiariedade reduzi-las, alterá-las ou descomunitarizá-las, recolocando-

⁴²³ Cfr. P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 201, no contexto do Tratado Maastricht, sem invocar o art. 3.º-B, mas a *ideia* ou o *espírito* da subsidiariedade, em termos que nos parecem aproximado aos enunciados por M. L. DUARTE (mas não o compreendendo, L. DUARTE D’ALMEIDA, *Direito Penal e...*, p. 17). Recentemente, P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 590 e 591, desenvolve um raciocínio sobre a subsidiariedade muito interessante, na perspectiva do fundamento da jurisdição penal que tem vindo a desenvolver (cfr. *Fundamento, Conteúdo e...*). O Autor, debruçando-se sobre as “assimetrias” entre os Estados e as jurisdições periféricas (incluindo a pertencente à UE e à comunidade internacional), considera que tais assimetrias se reflectem também no papel subsidiário que é atribuído a essas jurisdições periféricas: “*they are needed to the extent that states are not able to protect certain interests effectively enough. In fact, the primacy those jurisdictions usually enjoy when they act should be read, paradoxically, in the context of their subsidiarity: it is because the states are powerless to perform, as separate entities, certain tasks which are in the interest of the (relevant) whole that they must submit, in concrete situations, to the EU or the international community*”. Assim, “[s]ubsidiarity is thus a constitutional element of the peripheral jurisdiction created by the states, reflecting in their justification and conditioning the actual exercise of powers”.

⁴²⁴ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 110, ainda que no contexto de uma outra discussão e no pré-Tratado de Lisboa. Talvez essa limitação não seja verdadeiramente *heterolimitação*: como afirma P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 402, não obstante os poderes da UE terem vindo a conhecer uma expansão por via de uma interpretação extensiva dos Tratados, é importante não perder de vista a circunstância de os Estados terem tomado a decisão consciente de atribuir à União competências em áreas como o ambiente, a cultura, a saúde, a protecção dos consumidores, o trabalho e a formação; e, acrescentáramos, o domínio penal.

⁴²⁵ Veja-se, em especial, EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto on European...*

⁴²⁶ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 279.

as no plano nacional ou noutro plano supra-comunitário ou infra-estadual”; mas o *exercício* dessa competência pode sujeitar-se a limites e constrangimentos. A este propósito, parecem-nos também ilustrativas as palavras de G. A. BERMANN⁴²⁷ quando afirma não ver qualquer contradição, lógica ou política, em estender o âmbito da intervenção das instituições europeias e exigir-lhes que o façam em modo limitado (“*to practice self-restraint in doing so*”); em sua opinião, a maior dificuldade dessa posição é que efectivamente pressupõe “*taking subsidiarity seriously*”. No mesmo sentido IAN COOPER, ao mesmo tempo que assinala que o princípio da subsidiariedade “não repatria” os poderes da União para os EM, afirma que esse princípio, assim como o da proporcionalidade, impõe o que pode ser chamado de “*norm of self-limiting governance*”, também referindo a exigência de um exercício de poderes “*with self-restraint*”⁴²⁸.

Um ponto que vem sendo particularmente desenvolvido pela doutrina, e que vai ao encontro da nossa reflexão, é o relativo à flexibilidade ou dinamismo do princípio da subsidiariedade. A aplicação do princípio da subsidiariedade está dependente do contexto/domínio de competências cujo exercício regula. Ou seja, a subsidiariedade pode *ler-se em contexto*, não obstante a necessidade de criar alguns parâmetros interpretativos gerais operativos. A própria Comissão, na sua relevante Comunicação de 27 de Outubro de 1992, dedicada ao princípio, afirmava que o princípio da subsidiariedade “não se aplica da mesma forma relativamente a todos os objectivos definidos nos Tratados” e que os “constrangimentos em cujo contexto operam as instituições, e os instrumentos que lhes estão disponíveis, variam conforme as responsabilidades atribuídas à Comunidade (como, por exemplo, entre política de coesão e protecção civil)”⁴²⁹.

No mesmo sentido já se têm pronunciado os Advogados-Gerais – a AG J. Kokott afirmou recentemente que “[u]m controlo jurisdicional mais rigoroso da subsidiariedade pode ser necessário quando um acto da União afecte, excepcionalmente, questões da identidade nacional dos Estados-Membros (art. 4.º, n.º 2, TUE)”⁴³⁰.

4.2. Competências exclusivas *versus* competências não exclusivas

⁴²⁷ G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 347 e 348.

⁴²⁸ I. COOPER, “The Watchdogs of...”, p. 284.

⁴²⁹ SEC (92) 1990 final, p. 5 e 10 do Anexo (tradução nossa).

⁴³⁰ Cfr. as Conclusões apresentadas em 23.12.2015, no Processo C-358/14.

O princípio da subsidiariedade apenas tem aplicação nos domínios que não sejam da competência exclusiva da União, já que, quanto às exclusivas, o simples facto de já não estarem ao dispor dos Estados “elimina a possibilidade de subsidiariedade”⁴³¹.

É interessante referir a este propósito que a Assembleia da República, ao pronunciar-se no âmbito do controlo parlamentar do princípio da subsidiariedade sobre a Proposta de Regulamento do PE e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 562/2006 para estabelecer regras comuns sobre a reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas em circunstâncias excepcionais, não distinguiu adequadamente os problemas que relevam da competência/base jurídica e os que relevam da subsidiariedade enquanto critério regulador do exercício de competências *concorrentes*. A sua Resolução n.º 147/2011 dispõe: “[a] iniciativa viola o princípio da subsidiariedade, na medida em que o [TFUE] reservou estas matérias para a esfera de soberania nacional dos Estados-Membros e que o objectivo a alcançar será mais eficazmente atingido através de cada um dos Estados-Membros de *per si* do que por uma acção comunitária”.

Se o segundo argumento, depois da alocução “e”, pode integrar critério da subsidiariedade, o primeiro argumento, centrado na “reserva de soberania” (competência exclusiva dos EM), já não integra esse teste. NUNO PIÇARRA assinala oportunamente: “a ser verdade que a matéria em questão foi reservada ‘para a esfera de soberania nacional dos Estados-Membros’ pelo próprio TFUE, como se sustenta na Resolução, então não haveria sequer que trazer à colação o princípio da subsidiariedade, que tem por âmbito de aplicação a competência partilhada entre a União e os Estados-Membros (artigo 5.º, n.º 3, do TUE), onde se enquadra o ELSJ [artigo 4.º, n.º 2, alínea j), do TFUE]”⁴³².

Note-se que o art. 2.º, n.º 1, do TFUE, expressamente prevê que quando os Tratados atribuem à União competência *exclusiva* em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculantes; e os próprios EM só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União⁴³³.

Assim, o princípio assume-se como regulador ou disciplinador do exercício das competências não exclusivas (as *concorrentes* e as *complementares*) da União. Interessa-nos particularmente o tema das *competências concorrentes*, aquelas que

⁴³¹ Assim, F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 37.

⁴³² N. PIÇARRA, “A crise nas fronteiras...”, em especial a nota de p. 172.

⁴³³ Questionando se a exclusividade equivale a *preemption*, T. TRIDIMAS, “Competence after Lisbon...”, p. 57 e ss.

podem ser exercidas pela União ou pelos EM. Neste domínio, a União e os Estados podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos, mas os Estados exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua e voltam a exercê-la na medida em que a União tenha deixado de exercer a sua (art. 2.º, n.º 2, do TFUE). Todavia, o Protocolo relativo ao exercício das competências partilhadas, anexo ao TUE e ao TFUE, vem esclarecer que “[r]elativamente ao n.º 2 do artigo 2.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, referente às competências partilhadas, quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange *os elementos regidos pelo acto da União* em causa e, por conseguinte, *não abrange o domínio na sua totalidade*”⁴³⁴.

Muita tinta correu, na doutrina e nos documentos produzidos pelas instituições a propósito do princípio da subsidiariedade, sobre a noção de competência exclusivas e concorrentes, num esforço de delimitar umas e outras para efeitos da aplicação do princípio⁴³⁵. Alguns dos documentos sobre a subsidiariedade produzidos pelas instituições europeias, como por exemplo a já referida Comunicação da Comissão de 27 de Outubro de 1992, dedicaram-se a esse tema de forma aprofundada. Considerava-se mesmo na vigência dos Tratados anteriores que “esta distinção é um dos aspectos mais complexos da construção da subsidiariedade comunitária”⁴³⁶.

Actualmente, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, estarão esbatidas algumas, embora não todas, as dificuldades. Com efeito, o Tratado enunciou pela primeira vez as competências da União nos arts. 2.º a 6.º do TFUE: as competências exclusivas (art. 3.º), as competências partilhadas ou concorrentes (art. 4.º) e as competências de apoio, coordenação ou complemento da acção dos EM (art. 6.º)⁴³⁷.

Na medida em que a análise da subsidiariedade interessa a este trabalho na perspectiva da competência penal da UE, parece-nos relevante sublinhar que o art. 4.º, n.º 2, al. j), do TFUE, claramente dispõe que o ELSJ – enquadrando a “cooperação judiciária em matéria penal” – integra o domínio das competências partilhadas (concorrentes) entre a União e os EM. Nem podia deixar de ser assim, ao que nos

⁴³⁴ Para desenvolvimentos, cfr. T. TRIDIMAS, “Competence after Lisbon...”, em especial, p. 63 e ss.

⁴³⁵ *Vd.* a profunda análise desenvolvida por K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 13 e ss.; ainda G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 16 a 25, mas em sentido crítico, alegando que a distinção pouco traz à tentativa de compreender e operacionalizar o princípio da subsidiariedade; também, A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable...”, p. 2; e M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 181 a 185 e p. 280 a 282.

⁴³⁶ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *ibidem*, p. 181.

⁴³⁷ Desenvolvendo a ideia de que “[t]he competence narrative tells only part of the story”, apesar de apontar vantagens na enumeração, T. TRIDIMAS, “Competence after Lisbon...”.

parece, pelo menos na perspectiva da harmonização do direito penal, à luz da evolução deste sensível domínio de competência de que demos conta na Parte I, 1.º Capítulo (pense-se, entre outras particularidades da construção, na circunstância de o Tratado de Amesterdão ter previsto a regra da unanimidade no Conselho para a aprovação de actos no domínio do ex-terceiro pilar).

4.3. *Insuficiência e eficácia*

4.3.1. A dificuldade de interpretação dos critérios da *insuficiência* e da *eficácia*

Se considerámos que a primeira questão interpretativa (“competências exclusivas *versus* competências não exclusivas”) não será hoje, à luz do Tratado de Lisboa e da enunciação de competências nele contida, particularmente difícil pelo menos no domínio em causa, o mesmo não poderá afirmar-se quanto aos dois critérios que conformam os testes da subsidiariedade. Trata-se dos critérios da *insuficiência* e da *eficácia*.

Já anteriormente referimos as dificuldades de interpretação do princípio da subsidiariedade, algo impreciso, e consequentemente flexível ou dinâmico, e até por essa razão objecto de discussão sobre a sua natureza paradoxal.

Estas notas de flexibilidade e dinamismo reconhecidas pela doutrina têm várias consequências em sede de interpretação do princípio, designadamente no que se refere ao casuísmo da sua aplicação. Ou seja, por mais que tentemos interpretar a norma e esclarecer o seu sentido (com apoio das directrizes que têm sido desenvolvidas pela doutrina e as instituições), há que reconhecer a dificuldade de definir pautas fechadas onde possam caber a generalidade dos casos. O teste (ou testes) da subsidiariedade pressuporá necessariamente uma análise casuística, portanto dependente das particularidades do caso sob análise, isto é, da medida em causa e do respectivo contexto/domínio de competência.

MARIA LUÍSA DUARTE denota que “[o] teste da subsidiariedade tanto pode legitimar uma acção comunitária como, inversamente, determinar a sua restrição ou mesmo o seu abandono”; em virtude precisamente dessa natureza dinâmica, “nem a doutrina nem o Juiz comunitário podem pretender ocupar totalmente o espaço de compreensão aberto pelo artigo 3.º-B, parágrafo segundo [ora, art. 5.º do TUE], e

transformar os órgãos comunitários da iniciativa e da decisão em meros instrumentos de execução de um juízo predeterminado”⁴³⁸.

Também MARGARIDA D’ OLIVEIRA MARTINS aponta no mesmo sentido, sublinhando que o princípio “reflecte um paradoxo entre um dever de não intervenção e um dever de intervenção”, que “tem mais que ver com uma apreciação genérica de limites flutuantes e menos com situações gerais, podendo a mesma acção ser ou interdita ou necessária”; assim, em seu entender, o princípio exige “uma latitude que não pode ser fixada objectiva, formal e aprioristicamente”⁴³⁹.

Acresce que os testes implícitos à subsidiariedade têm sempre juízos de prognose associados, designadamente no que se refere a prever as consequências da acção considerada – quer dos EM, quer da União – quanto ao cumprimento dos objectivos que lhe são adstritos. O que acaba por comportar um exercício algo especulativo.

Feita esta ressalva, que não é de somenos, também é relevante sublinhar que esta circunstância não constitui razão definitiva para rejeitar ou subestimar a importância do conceito⁴⁴⁰. Vejamos que orientações interpretativas se podem retirar do art. 5.º do TUE, com o auxílio do Protocolo de Amesterdão e dos contributos da doutrina que tem tratado o tema.

4.3.2. Uma tentativa de interpretação dos critérios da *insuficiência* e da *eficácia*

A intervenção da União pressupõe sempre a existência de uma *acção* e de um *objectivo* a considerar, ou seja, a “acção considerada” (art. 5.º, n.º 3, do TUE) há-de apresentar-se, em si mesma, como *necessária* para atingir o objectivo. Tratando-se de identificar o objectivo da acção a empreender, a base jurídica, para além de solucionar a questão “*competencial*”, desempenha um papel relevante⁴⁴¹.

Pode mesmo considerar-se, com especial acuidade no domínio da harmonização do direito penal substantivo, que existe sempre um exame prévio quanto à necessidade

⁴³⁸ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 798 a 800.

⁴³⁹ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 504.

⁴⁴⁰ Assim, G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 10. No mesmo sentido, M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 799 e 800; ainda G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 335, para quem “*while elusive and sometimes deeply confusing, subsidiarity is a meaningful and useful notion*”.

⁴⁴¹ Assim, K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 77.

da acção; em certa medida, considera-se existir sempre uma questão prévia de proporcionalidade. Nesse sentido, refere PETTER ASP⁴⁴² que se uma medida, devido à falta de proporcionalidade, não deve ser de todo promovida, então também não deve ser promovida ao nível da União: “o princípio da proporcionalidade regula a questão de saber se uma determinada medida deve ser, em absoluto, promovida”. Quando o requisito da proporcionalidade não é de todo cumprido, não há sequer necessidade de equacionar a aplicação do princípio da subsidiariedade, porque é irrelevante o *nível* de tomada da decisão.

O art. 5.º, n.º 3, do TUE, depois de esclarecer que a análise está circunscrita aos domínios que sejam da competência exclusiva da União, nos termos já assinalados, dispõe que “a União intervém *apenas se e na medida em que*”.

FAUSTO DE QUADROS refere, a este propósito, que existe uma “presunção da suficiência da parte dos Estados”⁴⁴³. Mas essa presunção falece em duas condições cumulativas: prova da efectiva *insuficiência* dos EM (teste negativo) e da *eficácia* da União (teste positivo). Os critérios são, em nossa opinião, cumulativos e essa característica é relevante.

A primeira análise pressuposta pela subsidiariedade tem, pois, uma natureza negativa: está em causa o designado critério ou teste da *insuficiência*. A intervenção da União só se justificará *se e na medida em que* os objectivos de tal acção não possam ser *suficientemente* alcançados pelos EM, e isto tanto a um nível central, como regional e local. Trata-se, pois, de avaliar se *in casu* se se verifica a “insuficiência ou inidoneidade dos meios ou instrumentos de que dispõem, ou de que estão aptos a dispor, os Estados-membros para realizar os objectivos propostos”⁴⁴⁴.

O preceito de Maastricht nada referia a propósito do *nível central, regional ou local* da acção dos EM; já o Protocolo de Amesterdão remetia apenas para a “acção dos Estados-Membros no quadro dos respectivos sistemas constitucionais” (ponto 5). No entanto, com o Tratado de Lisboa, introduz-se na subsidiariedade, até então vista como horizontal (UE – EM), uma dimensão vertical, em que a intervenção dos níveis regional e local, internamente considerada, é igualmente convocada. Daí que, nos termos do art. 2.º do Protocolo de Lisboa se preveja que as consultas promovidas pela Comissão tenham em conta, se for caso disso, a dimensão local e regional das acções – os vários

⁴⁴² P. ASP, “The Importance of...”, p. 46.

⁴⁴³ F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 44.

⁴⁴⁴ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 800 e 801.

fora de tomada de decisão ao nível dos EM. Por esta razão, também no âmbito do controlo da subsidiariedade a cargo dos Parlamentos, o Protocolo prevê que os Parlamentos nacionais antes de se pronunciarem sobre a conformidade de um projecto de acto legislativo com a subsidiariedade consultem, nos casos pertinentes, os Parlamentos regionais com competência legislativa (art. 6.º).

A interpretação do critério da *insuficiência* tem especiais dificuldades, sendo designadamente relevante questionar se o preceito se refere: i) à aptidão efectiva dos EM ou à sua aptidão potencial; ii) à sua aptidão individualmente considerada ou colectivamente considerada; iii) se o teste a promover, neste âmbito, é um teste de simples aptidão ou de eficácia comparativa⁴⁴⁵.

Quanto à primeira questão (aptidão efectiva *versus* potencial), concordamos com a argumentação de KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE, no sentido de que deve ponderar-se a capacidade/suficiência dos EM em abstracto, e isto sobretudo porque a análise da suficiência efectiva tem inconvenientes. Destacamos um: os termos de comparação seriam desiguais se estivesse em causa comparar a acção efectiva dos EM e a acção necessariamente potencial da UE (está “em cima da mesa”), o que conduziria a uma análise sistematicamente favorável à União. Assim, para os Autores⁴⁴⁶, há que ter em conta “a aptidão dos Estados-Membros, concebida como uma capacidade de alcançar os objectivos definidos”.

O elemento textual, referem os Autores, confirma a interpretação: “*ne peuvent pas*” ou, na tradução portuguesa, “[os objectivos] não possam ser”; ao invés de “não sejam”. Mas essa capacidade abstracta, advertem, não é inteira ou absolutamente abstracta, devendo considerar-se o contexto técnico, social ou económico e ainda político. Daí que, como referido *supra*, haja que considerar os meios ou instrumentos de que dispõem ou de que estão aptos a dispor os EM.

Quanto à segunda questão (aptidão individualmente considerada *versus* colectivamente considerada), segundo os referidos Autores, deve ser excluída a hipótese de cooperação intergovernamental. Ou seja, a acção dos EM deverá ser considerada *isoladamente*, uma vez que se for considerada no quadro da cooperação intergovernamental, a análise será sistematicamente desfavorável à União.

⁴⁴⁵ Assim, suscitando todas as questões, K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 45 e ss.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 46.

Já para MARIA LUÍSA DUARTE⁴⁴⁷, diferentemente, “[a] necessidade da acção comunitária cede perante a vontade politicamente empenhada dos Estados-membros de preferência por formas de cooperação intergovernamental”. Note-se, em benefício desta última interpretação, que o AUE, na sua primeira configuração da subsidiariedade, referia a preferência pela acção comunitária quando *os objectivos pudessem ser melhor realizados a nível comunitário do que a nível dos Estados-membros considerados isoladamente*; e essa menção – *isoladamente* – desapareceu das fórmulas da subsidiariedade dos Tratados subsequentes. No entanto, e pensando no caso concreto do ex-terceiro pilar, é igualmente importante notar que a cooperação intergovernamental, *maxime* a promovida por via das convenções, era lenta e muitas vezes ineficiente.

Quanto à terceira questão (simples aptidão *versus* eficácia comparativa), KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE⁴⁴⁸ entendem que, caso se conclua pela insuficiência dos EM para atingir os objectivos da acção, a intervenção da União está justificada, já que nesse caso os objectivos só podem ser realizados por via da acção *comunitária*. No entanto, os Autores consideram que se os EM puderem realizar de maneira suficiente os objectivos dessa acção, está vedado à União agir. Isto independentemente da circunstância de a União poder agir *melhor*.

Ou seja, no entender dos Autores, em caso de suficiência dos Estados, não há lugar a qualquer ponderação da eficácia comparativa entre a acção da União e a acção dos EM, uma vez que a suficiência dos EM vale por si mesma. Afastando-se de uma leitura omnicompreensiva da norma, defendem a preferência da acção dos EM desde que esteja preenchido (apenas) o primeiro requisito ou teste. Parecem, pois, recursar a ideia de cumulatividade dos critérios.

Todavia, será oportuno observar que tal entendimento parece desconsiderar o argumento literal (art. 5.º do TUE, ex-art. 3.º-B do TCE): “a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros (...), podendo contudo, devido às dimensões e aos efeitos da acção considerada, *ser mais bem alcançados ao nível da União*”. Parece-nos que caso o preceito dispensasse o (segundo) teste da eficácia, não se referiria a *mais bem alcançados*, mas apenas a *alcançados*. O próprio texto do Protocolo de Amesterdão – cfr. pontos 4 e 5 – apontava no sentido do *valor acrescentado* da acção da União. Mais: na definição do princípio prevista no AUE apenas se estabelecia um dos critérios

⁴⁴⁷ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 801, em nota.

⁴⁴⁸ K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 49 e 50.

ou testes, mas o desenvolvimento da subsidiariedade passou a incorporar os dois, cumulativos, testes.

Assim sendo, vamos ao encontro da doutrina que aponta para ambos os critérios, o negativo e o positivo, o da *insuficiência* e o da *eficácia*. Em concreto, vamos ao encontro da opinião de FAUSTO DE QUADROS⁴⁴⁹ e de MARIA LUÍSA DUARTE. Esta última Autora defende de forma esclarecedora a ideia de uma abordagem omnicompreensiva do preceito:

“Apesar da letra do artigo 3.º-B, parágrafo segundo, não se referir expressamente ao conceito de ‘maior eficácia’, somos de opinião que a fórmula ‘*melhor alcançados ao nível comunitário*’ [obs: agora, com uma mudança gramatical, *mais bem alcançados*], eivada de uma certa dose de subjectivismo, corresponde à mesma ideia de legitimar a acção comunitária no caso de esta envolver um ‘*valor acrescentado*’ por confronto com a acção dos Estados-membros (...) Para nós, a questão da suficiência da acção dos Estados para alcançar um objectivo comunitário não pode ser desligada da questão da sua eventual menor eficácia. Se o artigo (...) parece colocar maior ênfase na exigência de suficiência, não podemos ignorar na interpretação do preceito a parte final sobre a eficácia comparativa da acção. Também sob uma óptima pragmática, se afigura procedente esta análise combinada da *dimensão suficiência* e da *dimensão eficiência*, no sentido de permitir uma avaliação omnicompreensiva”⁴⁵⁰.

Em face do exposto, avancemos na interpretação do preceito: a segunda análise exigida pela subsidiariedade tem uma natureza positiva, é o designado critério ou teste da *eficácia* da acção da União. A intervenção da União só se justificará *se e na medida em que* os objectivos de tal acção possam ser mais bem alcançados ao nível da União; e isto “*devido*” à dimensão ou aos efeitos dessa mesma acção. Sobre este último ponto, a União intervirá apenas se e na medida em que a acção tiver dimensão e produzir os seus efeitos a uma “escala *tendencialmente comunitária*”⁴⁵¹.

O art. 5.º, n.º 3, refere, como critério de justificabilidade da acção da União, que os objectivos da acção proposta sejam assim “*mais bem alcançados*”, o que vai no

⁴⁴⁹ F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 253.

⁴⁵⁰ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 801 e 802 (sem os negritos originais).

⁴⁵¹ Assim F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 46. O Autor desenvolve a ideia em *Direito da União...*, p. 254: “(...) para que a União possa intervir em detrimento dos Estados, ela deverá provar que a acção prevista tem dimensão e produz efeitos a uma escala, no mínimo, tendencialmente comunitária. Ou seja, a insuficiência localizada em apenas um ou poucos Estados não chega para a União se substituir aos Estados”.

mesmo sentido da referência “*melhor alcançados*” do art. 3.º-B (na versão em inglês, em ambos os casos, “*better achieved*”). Já o Protocolo de Amesterdão (ponto 5) preferia a formulação “*mais adequadamente*”. Em todo o caso, vai inculcada a ideia, como já sustentado, de um “*value added test*”⁴⁵² (“*how much better*”⁴⁵³).

Esquematizando o que vai afirmado, diríamos, em termos muitíssimo simplistas, que os cumulativos testes da insuficiência e eficácia poderão pressupor as seguintes perguntas e respostas:

a) A acção dos EM é suficiente? Não. E a acção da União é eficaz? Não. Logo, a UE deve abster-se de actuar. Tal resposta é difícil de aceitar porque pressupõe uma inércia *tout court* e uma conformação com a incapacidade e a insuficiência de actuação gerais. Aceita-se como resposta provisória mas não isenta de dúvidas. Note-se que, no caso do direito penal, aceitar-se uma acção que se sabe ser “ineficaz” significa a conformação, ao nível da União, de um direito penal meramente *simbólico*.

b) A acção dos EM é suficiente? Não. E a acção da União é eficaz? Sim. Logo, a UE pode actuar.

c) A acção dos EM é suficiente? Sim. Mas a acção da União atinge melhor, com *significativa* ou *evidente*⁴⁵⁴ maior eficácia? Não. Logo, a UE está limitada pela subsidiariedade e deve abster-se de actuar.

d) A acção dos EM é suficiente? Sim. Mas a União atinge melhor, com *significativa* ou *evidente* maior eficácia? Sim. Logo, a UE pode actuar. E isto porque, neste caso, a suficiência dos Estados foi também medida à luz da respectiva eficácia, que se concluiu ser *menor*. Trata-se da referida interpretação omnicompreensiva do preceito.

De referir que o Protocolo de Amesterdão, no seu ponto 5, procurou concretizar aqueles dois requisitos (positivo e negativo), aportando alguns critérios adicionais. Todavia, é denotado que o Protocolo acaba por meramente reafirmar as questões em

⁴⁵² Assim, Relatório da Comissão de 27.10.1992, já por diversas vezes citado, p. 10 do Anexo: SEC (92) 1990 final.

⁴⁵³ Assim, G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 19.

⁴⁵⁴ *Vd.* o ponto 5 do Protocolo de Amesterdão: há que considerar se “uma acção empreendida ao nível comunitário apresenta vantagens *evidentes*, devido à sua dimensão ou aos seus efeitos, relativamente a uma acção ao nível dos Estados-Membros” (terceiro travessão).

“*open-ended terms*”, não oferecendo verdadeiros critérios legais para lhes dar resposta⁴⁵⁵.

Nos termos do Protocolo, para determinar se a condição de subsidiariedade assente nos dois requisitos mencionados se encontra preenchida “devem ser utilizados os seguintes critérios”, claramente inspirados pelas orientações do Conselho Europeu de Edimburgo: i) transnacionalidade total ou parcial da problemática em apreço⁴⁵⁶; ii) contradição com as exigências do Tratado ou lesão significativa dos interesses dos EM em caso de acção empreendida ao nível nacional ou ausência de acção da União⁴⁵⁷; iii) vantagens *evidentes* da acção ao nível europeu devido à sua dimensão e efeitos⁴⁵⁸.

Sobre o último critério, trata-se de reafirmação do requisito já incluído no corpo do art. 5.º, mas com o *plus* da “evidência”. Para G. A. BERMANN, com esta expressão (“*clear*”, na versão inglesa), a proposta de acção ao nível comunitário tem de ser, em relação à alternativa dos EM, “*markedly superior*” e não apenas “*merely as good or slightly better*”⁴⁵⁹.

Em conclusão de tudo o quanto vai exposto, e recorrendo à esclarecedora síntese de FAUSTO DE QUADROS “a [União], para agir, deve provar que a actuação é *necessária*, que a acção dos Estados não reúne os requisitos da *suficiência* para alcançar os objectivos em causa, e que a [União] é *capaz* de os prosseguir *melhor* do que os Estados”⁴⁶⁰.

A análise da subsidiariedade, nos termos desenvolvidos, tem subjacente a ideia de eficácia ou eficiência – “*effectiveness*” ou “*efficiency*”⁴⁶¹; e não vemos como a sua aplicação em contexto penal possa em absoluto desconsiderar esta característica própria do princípio. Todavia, essa circunstância pode conduzir a conclusões específicas sobre a

⁴⁵⁵ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 26. No mesmo sentido, G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 370 e 371, pronunciando-se sobre as *guidelines* de Edimburgo integradas no Protocolo.

⁴⁵⁶ Se “a questão em apreço [se] reveste de aspectos transnacionais que não podem ser regulados de forma satisfatória por meio de uma acção dos Estados-Membros” – primeiro travessão.

⁴⁵⁷ Se “uma acção empreendida apenas ao nível nacional ou a ausência de acção por parte da Comunidade são contrárias às exigências do Tratado (tais como a necessidade de corrigir as distorções de concorrência, de evitar restrições dissimuladas às trocas comerciais ou de reforçar a coesão económica e social) ou lesam significativamente, de qualquer outra forma, os interesses dos Estados-Membros” – segundo travessão.

⁴⁵⁸ Se “uma acção empreendida ao nível comunitário apresenta vantagens *evidentes*, devido à sua dimensão ou aos seus efeitos, relativamente a uma acção ao nível dos Estados-Membros” – terceiro travessão.

⁴⁵⁹ G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 370.

⁴⁶⁰ F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 45.

⁴⁶¹ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 19.

valência do princípio enquanto imposição de limites à competência neste domínio (cfr. reflexão crítica *infra*, 4.º Capítulo).

5. Confronto entre o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade “competencial”

A subsidiariedade e a proporcionalidade, ambos princípios reguladores do exercício das competências da União, distinguem-se entre si, embora se trate de “princípios complementares”⁴⁶² ou de “estreita conexão”⁴⁶³.

O Tratado de Maastricht, através do aditamento do art. 3.º-B ao TCE, depois de enunciar o princípio da subsidiariedade, tratou igualmente de dar consagração ao princípio da proporcionalidade, desenvolvido desde há anos pela jurisprudência do TJ. Fê-lo sem todavia o designar como tal: a “acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado”.

Nos primeiros documentos produzidos pelas instituições europeias e dedicados ao princípio da subsidiariedade é identificável uma certa confusão entre os dois princípios. A título de exemplo, a Comissão, no seu Relatório de 27 de Outubro de 1992, considerou que o “propósito do princípio da subsidiariedade é dar aplicação geral à regra segundo a qual os meios devem ser proporcionais aos fins”⁴⁶⁴.

Para isso contribuiu talvez o facto de o art. 3.º-B do TCE enunciar a proporcionalidade sem a nomear e apartar da noção de subsidiariedade. Todavia, o Protocolo de Amesterdão, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, viria a distinguir os dois princípios de forma clara – cfr. ponto 1.

O art. 5.º do TUE, na versão de Lisboa, assume na linha do protocolo um propósito clarificador, pois que nomeia e tipifica os três princípios nele consagrados: atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade. Assim, o seu n.º 4 dispõe que “[e]m virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados”. Já o Protocolo enuncia que “[c]ada instituição assegura continuamente a observância dos princípios da

⁴⁶² M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 793.

⁴⁶³ F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 48.

⁴⁶⁴ SEC (92) 1990 final, no Anexo, p. 13.

subsidiariedade e da proporcionalidade definidos no artigo 5.º do Tratado da União Europeia”.

O AG P. Léger, nas suas Conclusões no âmbito do Processo C-84/94⁴⁶⁵, oferece-nos uma síntese das diferenças entre os dois princípios em termos frequentemente citados na literatura jurídica:

“Os dois princípios intervêm sucessivamente em dois níveis diferentes da acção comunitária: ‘o primeiro condiciona o início de uma acção da Comunidade, enquanto o segundo delimita a sua amplitude. Assiste-se assim a uma dissociação da questão da competência e a da sua aplicação’. Noutros termos, o princípio da subsidiariedade intervém a [montante⁴⁶⁶] da acção comunitária, o da proporcionalidade intervém a [jusante⁴⁶⁷] dessa acção: ‘O princípio da proporcionalidade... é tido em conta relativamente a *uma acção já empreendida*... e tem por objectivo realizar um controlo de conformidade com os objectivos do Tratado. O princípio da subsidiariedade intervém a um momento *anterior*, isto é, quanto à decisão de executar ou não uma acção a nível comunitário”.

Todavia, nem sempre será claro distinguir as fronteiras de *aplicação* entre um e outro, pelo que a expressão “dissociação” empregue pelo AG não se nos afigura a mais elucidativa. Sobretudo quando o princípio da proporcionalidade opera nesta sua faceta de “princípio governador do exercício de competências”⁴⁶⁸ – a *versão* mais directamente plasmada no art. 5.º, n.º 4, do TUE –, a fronteira é especialmente ténue.

Note-se que a própria definição de subsidiariedade assenta no estabelecimento de um conjunto de requisitos, cuja verificação legitima a intervenção da União apenas “se e *na medida em que*” (art. 5.º, n.º 3, do TUE), o que leva TAKIS TRIDIMAS a afirmar que a proporcionalidade “*is also incorporated by implication*” no princípio da

⁴⁶⁵ Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 12.3.1996 (C-84/94), em especial § 123 e ss. Também em sentido idêntico, M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 285 e 286.

⁴⁶⁶ Cremos que existe um erro de tradução na versão disponibilizada pelo TJUE, já que coloca os termos na ordem inversa: ora, o princípio da subsidiariedade intervém de facto a montante, e o da proporcionalidade a jusante. Na tradução italiana, mais próxima: “*In altri termini, il principio della sussidiarietà interviene a monte dell’azione comunitaria mentre quello di proporzionalità entra in gioco a valle di tale azione*” (no mesmo sentido, “*before*” e “*after*”, na versão inglesa; “*antes*” e “*después*”, na tradução espanhola).

⁴⁶⁷ *Idem*.

⁴⁶⁸ T. TRIDIMAS, *The General Principles...* p. 175.

subsidiariedade⁴⁶⁹. Tudo a acrescer, portanto, em complexidade e demonstrando a diluição de fronteiras entre os princípios.

De qualquer forma, numa tentativa de necessária categorização ou de arrumação de conceitos, que se deva abstrair da tendencial convergência prática entre os princípios na resolução dos *casos*, há que enunciar algumas diferenças de não despreciando importância.

A primeira nota distintiva entre os dois princípios está no facto de a proporcionalidade, contrariamente à subsidiariedade, abranger *todo* o domínio de acção da União, não se restringindo ao quadro das competências não exclusivas. Intervém no âmbito das competências não exclusivas sempre que, por aplicação da regra da subsidiariedade, se conclua caber à União agir; e intervém ainda no âmbito das competências exclusivas.

Como segunda nota distintiva, podemos referir que enquanto o princípio da subsidiariedade se ocupa das relações entre a União e os EM, modelando o *se* da actuação comunitária, o princípio da proporcionalidade modela não só a acção da União mas também a acção ao nível dos EM⁴⁷⁰.

Mais, e talvez mais relevante, enquanto o princípio da subsidiariedade opera ao nível do *se* da acção centralizada, fundamentando e legitimando essa decisão, o princípio da proporcionalidade opera ao nível do *como* ou *modo* dessa acção, pois que tem que ver com a respectiva *intensidade*⁴⁷¹: a intervenção da União, mesmo quando a sua promoção esteja em princípio justificada à luz da subsidiariedade (no caso das competências não exclusivas), não deve em todo o caso exceder o necessário para alcançar os objectivos do Tratado.

⁴⁶⁹ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 176. Também nesse sentido G. DE BÚRCA, “The Principle of...Actor”, p. 220: “...whether the Community has power/competence to act, whether it should exercise that power in a given area, and how it should exercise the power, are inextricably interlinked within the context of the subsidiarity principle”; vd. ainda a Autora em “Proportionality and Subsidiarity...”, referindo que os dois princípios “are being even more closely connected – even blurred”. Também assim, J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 150: “It clearly derives from the Amsterdam Protocol as well as from the case law that the subsidiarity check includes a test of necessity, i.e., an element of proportionality. Some authors write: ‘There is...an overlap between the examination of subsidiarity and proportionality: for example the suitability of the measure is in principle relevant to both’”. Ainda K. LENARTS, *The Principle of...*, p. 882: “Article 3b contains two expressions of the principle of proportionality: a general one (...); and a more specific one, which takes part of the principle of subsidiarity *sensu lato*”.

⁴⁷⁰ Sobre o assunto, G. DE BÚRCA, “Proportionality and Subsidiarity...”, p. 95 e 96.

⁴⁷¹ “Se a subsidiariedade se preocupa em individualizar o responsável pelo desencadear da acção, conferindo-lhe legitimidade para agir, já a proporcionalidade preocupa-se com o conteúdo da própria intervenção, ou seja, com a sua natureza, intensidade e medida” – assim, M. R. VILHENA, *O Princípio da...*, p. 149.

Objectivos esses que, no caso concreto em análise, podem ser da mais variada natureza: podemos referir-nos ao “interesse dos Estados⁴⁷²” sempre que se trate de aferir da intensidade da intervenção da União quando comparada com a alternativa da acção ao nível dos EM (dimensão mais correlacionada com a subsidiariedade); ou a valores ou interesses de outra natureza, incluindo de natureza subjectiva (*maxime*, direitos fundamentais).

Uma ideia que nos parece útil para demarcar os dois princípios, quanto a este último ponto, é a de que o princípio da proporcionalidade dá um “passo em frente”⁴⁷³ em relação ao princípio da subsidiariedade. Ou seja, mesmo que possa existir um ponto em que a análise dos princípios se interconexiona – em especial quando se trata de definir a amplitude (intensidade) que pode revestir a acção *comunitária* em correlação com a alternativa ao nível dos EM –, a proporcionalidade dará depois um passo em frente. Promovendo uma análise própria e autónoma, consubstanciada em aferir da *intensidade* da medida à luz dos valores ou objectivos legítimos, protegidos pela ordem jurídica comunitária, que o caso convoque (por exemplo, os direitos fundamentais).

KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE⁴⁷⁴, abordando a questão, concluem que no âmbito de aplicação do art. 3.º-B (ora, art. 5.º do TUE), o princípio da proporcionalidade intervém a dois níveis: por um lado, para definir a amplitude que deve revestir a acção *comunitária* por referência à acção dos EM; por outro lado, para resolver os conflitos que podem surgir entre o objectivo da acção considerada e outros valores, igualmente legítimos à luz do direito da União, que esta possa por em causa.

Assim, concluem que em virtude do princípio da proporcionalidade, a acção da União “não deve interferir nas competências residuais dos diferentes Estados-Membros mais do que é indispensável para atingir os seus objectivos e não deve prejudicar outros objectivos ou valores, concorrentes daqueles que lhe são atribuídos, mais do que é indispensável para atingir os seus objectivos”⁴⁷⁵.

⁴⁷² Fórmula empregue por T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 138: “Article 5(3) was included in the Treaty primarily with a view to protecting the interests of Member States rather than the interests of the individual”. Já G. DE BÚRCA, “Proportionality and Subsidiarity...”, p. 108 e 109, refere que “the protected interest in question is the policy autonomy of the Member States”. K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 883, prefere referir que “the competing value to be protected by this expression of the principle of proportionality is the sovereignty of the Member States and their subnational authorities”.

⁴⁷³ Também assim N. EMILIOU, *The Principle of...*, p. 140.

⁴⁷⁴ K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 61 e ss.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 81. K. LENAERTS explica-o em “The Principle of...”, p. 883, da seguinte e também elucidativa forma: “the measure of Community action should be limited to what is necessary to fill the policy gap left by the Member States as a consequence of their partial or total incapacity to achieve the objectives of the proposed action in a sufficient manner”.

Também o AG M. Poiares Maduro, nas Conclusões que apresentou no Processo C-58/08⁴⁷⁶, deixou claro, quanto à questão da proporcionalidade, que o Tribunal deve apreciar se a decisão do legislador europeu é proporcionada face aos objectivos fixados “quando ponderada com a perda de autonomia por parte dos Estados-Membros e com a interferência nos direitos das demandantes”. Em sua opinião, “[a] apreciação da proporcionalidade exige também que o Tribunal considere que a maior capacidade da Comunidade de alcançar os objectivos da legislação relevante é susceptível de justificar a perda de autonomia por parte dos Estados-Membros que a abordagem escolhida pelo legislador acarreta”, mais assinalando que que “[e]mbora os recentes acórdãos do Tribunal se tenham concentrado na proporcionalidade da legislação comunitária face aos seus objectivos substantivos, (...) também deve ser considerada a proporcionalidade face ao impacto na autonomia do Estado-Membro”.

A inclusão do princípio da proporcionalidade no texto dos Tratados veio afirmar a sua relevância enquanto princípio regulador do *exercício* das competências da União, ou seja, como “doutrina legislativa” a observar pelas instituições europeias no processo decisório. Segundo NICHOLAS EMILIOU, a proporcionalidade, enquanto princípio estabelecido no Tratado, e não tanto no sentido com que vem sendo desenvolvido pelo TJ, é concebida para ter aplicação privilegiada na fase do processo legislativo (“*legislative stage*”)⁴⁷⁷.

O princípio da proporcionalidade, pese embora o seu lastro histórico enquanto norma de controlo dos actos comunitários (e também nacionais) que em especial contendam com direitos e liberdades individuais, tem efectivamente uma “especial vocação”⁴⁷⁸ como norma de acção. Isso mesmo está reflectido no texto do Protocolo (versão de Lisboa): “[c]ada instituição assegura continuamente a observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade definidos no artigo 5.º do Tratado da União”. Assim, o princípio “serve, num primeiro e decisivo momento, uma intenção

⁴⁷⁶ Conclusões do AG M. Poiares Maduro apresentadas em 1.10.2009 (C-58/08) – cfr. § 37 e 44 e nota 55.

⁴⁷⁷ N. EMILIOU, *The Principle of...*, p. 140. Também assim T. TRIDIMAS, “Proportionality in European...”, p. 81: “Article 3b(3) [à data do texto] lays down a principle which, like the principle of subsidiarity, is directed primarily, although not exclusively, at the political institutions of the Community and is designed to influence the legislative process ex ante, i.e. at the stage of preparation of legislation”.

⁴⁷⁸ D. LOPES, *O Princípio da...*, p. 171.

de racionalização ou orientação do juízo do decisor primário, qualquer que ele seja, impelindo a um aumento da qualidade e legitimidade do processo decisório”⁴⁷⁹.

Sem prejuízo de tudo o exposto, mesmo perspectivando a proporcionalidade enquanto, e tão-só, *norma de acção*, ainda assim poderá o princípio ser analisado sob diversas facetas, dependendo dos interesses contrapostos.

Pode desde logo pensar-se no princípio na sua vertente mais identificável com o problema da *competência*. Por razões de clareza sistemática, identificamo-la, na falta de melhor expressão e utilizando uma fórmula em língua espanhola, como proporcionalidade “*competencial*”⁴⁸⁰.

Nesta dimensão, e como referido, a proporcionalidade vai interessar sobretudo na relação com o problema da base jurídica e da subsidiariedade, na ponderação entre a acção da União e a acção ao nível dos EM. Trata-se da perspectiva segundo a qual a acção da União não deve interferir na competência dos EM mais do que é indispensável para atender aos seus objectivos. Como refere G. DE BÚRCA, tendo em perspectiva o ex-art. 5.º, n.º 3, do TCE (ora, art. 5.º, n.º 4, do TFUE), o interesse aqui protegido “*is the policy autonomy of the Member States*”; estando em causa a preocupação (“*proportionality concern*”) de assegurar que a autonomia dos Estados-Membros não é excessivamente restringida pela acção centralizada⁴⁸¹. Trata-se de dinâmica já assinalada designadamente pelo AG M. Poiares Maduro⁴⁸².

É precisamente neste domínio que podemos divisar as discussões acerca do instrumento jurídico adequado (*directiva versus* regulamento) ou do nível de harmonização/unificação legítima. Alguns Autores preferem discutir tais questões ao abrigo ainda da problemática da subsidiariedade⁴⁸³; outros optam por considerá-las

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ A fórmula surge em M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, *passim* (exemplo, p. 315).

⁴⁸¹ G. DE BÚRCA, “Proportionality and Subsidiarity...”, p. 108 e 109; donde, segundo a Autora, e em termos que também já identificámos, “*Community action should go no further, in restricting the Member State’s freedom to act, than is necessary to achieve its aims*”. Também T. TRIDIMAS, “Proportionality in European...”, p. 80, refere que o ora art. 5.º, n.º 4, do TFUE, “*forms part of a system of provisions whose aim is to control the expansion of the Community legislative action and to seek to limit burdens on Member States rather than on individuals*” (mas “[t]his is not to say that the protection of rights of the individual is excluded from the scope of [the] Article”).

⁴⁸² Cfr. ainda M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 353, para quem a proporcionalidade “*competencial*” prevista no art. 5.º do TUE – diferentemente da proporcionalidade na sua dimensão enquanto princípio geral do direito europeu, que aborda a relação entre a União e o indivíduo –, centra-se na questão do tipo e extensão do exercício “*competencial*”, ou seja, na perspectiva da relação entre a União e os EM.

⁴⁸³ Cfr., entre outros, G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 371 e ss; F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 52 e ss., referindo-se às “formas de aplicação do princípio da subsidiariedade” (*directiva versus* regulamento; harmonização *versus* unificação; “quadrinómio mera coordenação / aproximação / harmonização / uniformização ou unificação”).

como questões que relevam da aplicação do princípio da proporcionalidade, o que hoje parece reforçado pela alusão, no art. 5.º, n.º 4, ao “conteúdo e forma” da acção. Mais um indicador da diluição de fronteiras entre a subsidiariedade e a proporcionalidade a que fizemos referência.

O Protocolo de Amesterdão, nos seus pontos 6 e 7, dedicava-se já ao tema da *forma, natureza e alcance* da acção ao nível europeu, seguido as linhas orientadoras definidas pelo Conselho Europeu de Edimburgo.

Nos termos do Protocolo de Amesterdão (ponto 6), a *forma* da acção deve ser tão simples quanto possível e coerente com o objectivo da medida e a necessidade da sua aplicação eficaz, sendo que a União legislará apenas na medida do necessário; em igualdade de circunstâncias, deve optar-se por directivas em vez de regulamentos e por directivas-quadro em vez de medidas pormenorizadas, enquanto “*softer forms of law*”⁴⁸⁴.

A razão da recomendação reside no facto de a directiva deixar mais espaço para a intervenção e acção dos Estados, deixando nas mãos destes, no acto da transposição, a forma e os meios para alcançar o objectivo previsto. Não se pode todavia desconsiderar o facto de as directivas poderem ser muito precisas, concretizando restritivamente as obrigações para os Estados e limitando em muito a respectiva discricionariedade⁴⁸⁵.

Sem prejuízo do exposto, é oportuno relembrar que no âmbito do contencioso comunitário (pedido de decisão prejudicial) foi discutida a validade da DQ relativa ao mandado de detenção europeu (2002/584/JAI), tendo sido argumentado que a matéria apenas poderia ser regulada por *convenção*. O TJ considerou essa alegação improcedente, mas resolveu a questão pelo prisma da base jurídica/competência, nada referindo quanto a possíveis argumentos de subsidiariedade e/ou proporcionalidade “*competencial*” (que as partes também não invocaram)⁴⁸⁶.

O Tribunal considerou, entre o mais, que “[o] artigo 34.º, n.º 2, UE também não estabelece qualquer prioridade entre os diferentes instrumentos nele enumerados, de modo que não está excluído que o Conselho possa optar entre diversos instrumentos para regular a mesma matéria, sem prejuízo dos limites impostos pela natureza do instrumento escolhido” (§ 37); e que “[e]mbora seja verdade que o mandado de detenção europeu também poderia ter sido objecto de convenção, *cabe no poder de*

⁴⁸⁴ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 32.

⁴⁸⁵ Cfr. M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 415.

⁴⁸⁶ Cfr. o AcTJ, 3.5.2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05). Para uma análise do Acórdão, cfr. J. FIGUEIREDO DIAS e P. CAEIRO, “Comentário ao Acórdão...”.

apreciação do Conselho privilegiar o instrumento jurídico decisão-quadro, quando, como no caso vertente, se encontrem preenchidos os requisitos da adopção de tal acto” (§41, destaques nossos).

Naturalmente que a questão da escolha do instrumento jurídico adequado, em concreto a opção entre o regulamento e a directiva, só se suscita quando o Tratado não especificar o instrumento a adoptar e consequentemente deixar essa liberdade às instituições europeias.

Aliás, o art. 296.º do TFUE refere precisamente que “[q]uando os Tratados não determinem o tipo de acto a adoptar, as instituições escolhê-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade”: é o que parece ocorrer, por exemplo, no quadro do art. 325.º do TFUE relativo à luta contra a fraude, pressupondo que o mesmo possa fundar, nos termos apontados no Capítulo 2.º da Parte I, a competência da União para a harmonização do direito penal substantivo nesse domínio. O mesmo já não ocorre, porém, no quadro do art. 83.º, n.º 1 e n.º 2, do TFUE, que especificamente enquadra a competência da União para a harmonização do direito penal substantivo e que expressamente prevê o instrumento da directiva: a escolha do legislador, neste último caso, está definitivamente limitada pela própria *norma de competência*.

Quanto à *natureza e ao alcance* da acção, nos termos do Protocolo (ponto 7), na versão de Amesterdão e no seguimento das directrizes de Edimburgo, as medidas tomadas pela União devem deixar às instâncias nacionais uma margem de decisão tão ampla quanto possível, desde que compatível com a realização do objectivo da medida e a observância das exigências do Tratado; sem prejuízo do direito da União, deve ser assegurado o *respeito pelos sistemas nacionais consagrados e pela organização e funcionamento dos sistemas jurídicos dos Estados-membros* e, quando apropriado, e sob reserva da necessidade de assegurar uma aplicação adequada, as medidas *comunitárias* devem facultar aos EM vias alternativas para alcançar os objectivos dessas medidas.

Assim, e no que se refere à harmonização do direito penal substantivo, a proporcionalidade “*competencial*” intimamente ligada à subsidiariedade, tendo subjacente o respeito pela *autonomia* dos EM, tem importância quando se discute o grau da *harmonização*, *maxime* a sua contraposição com a *unificação*. No entanto, poderá considerar-se que a discussão será mais fértil no domínio de outras bases jurídicas que não a identificada com o art. 83.º, n.º 1 e n.º 2, do TFUE, na medida em que também

neste caso aquela *norma de competência* deixou claro que a harmonização por si legitimada parte da condição das “regras mínimas”, nos termos já explicitados no 2.º Capítulo da Parte II, excluindo o cenário da unificação.

Ainda assim, a questão mantém interesse, já que as *regras mínimas* não significam necessariamente um *conteúdo em absoluto mínimo*; significam apenas nos sobreditos termos, e considerando designadamente a fórmula que surge evidenciada nos considerados de algumas directivas harmonizadoras, que “os Estados-Membros são livres de aprovar ou manter normas penais mais rigorosas” (dentro, evidentemente, de certos condicionalismos *constitucionais*). Nessa medida, mantém-se, nos termos do Protocolo, a exigência da “margem de decisão tão ampla quanto possível” e do “respeito pelos sistemas nacionais consagrados e pela organização e funcionamento dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros”.

§

Sem prejuízo do exposto, nem só dos problemas que derivam da contraposição entre a acção da União e a autonomia dos EM vive o princípio da proporcionalidade, já que na ponderação que sempre terá de subjazer à adopção das medidas legislativas europeias, outros direitos, valores e interesses legítimos, da mais variada espécie, reclamam a atenção do legislador, cabendo-lhe orientar a sua acção em conformidade. Trata-se então de considerar o princípio da proporcionalidade na sua vertente “clássica”, com os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Esta diversa dimensão do princípio da proporcionalidade não deixa igualmente de encontrar reflexo na fórmula algo flexível consagrada no art. 5.º do TUE⁴⁸⁷. Nessa medida, esse preceito impõe ao legislador europeu que oriente a sua acção de modo a lograr a justa composição entre os objectivos visados pela acção empreendida e os direitos ou interesses que essa acção possa potencialmente afectar (veja-se ainda, em matéria de restrição aos direitos fundamentais, o art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, a analisar na Parte III).

No entanto, esta dimensão, mais correlacionada com o respeito pelos direitos fundamentais, foi sendo desenvolvida pelo TJ mesmo antes da consagração do princípio nos Tratados, ou seja, apelando à proporcionalidade enquanto princípio geral de direito. Neste sentido, a inclusão do princípio nos Tratados, por via do Tratado de Maastricht,

⁴⁸⁷ T. TRIDIMAS, “Proportionality in European...”, p. 80: “the protection of rights of the individual is [not] excluded from the scope of [the] Article”.

não acrescentou muito à jurisprudência que, modelando o sentido do princípio, vinha sendo desenvolvida há então mais de 20 anos⁴⁸⁸.

6. Exigências de natureza procedimental

À consagração do princípio da subsidiariedade esteve subjacente desde a sua génese a conceptualização de um conjunto de estritas exigências procedimentais, essencialmente relacionadas com a fundamentação dos actos à luz do princípio e com o controlo político da sua observância. A função da subsidiariedade enquanto norma procedimental, ligada a um “ónus de justificação”⁴⁸⁹, tem sido particularmente evidenciada.

O primeiro conjunto de exigências relaciona-se com a *apresentação das razões* que fundamentam a acção ao nível da União. Desde logo, suscita-se um problema de “ónus da prova”: na medida em que a subsidiariedade pressupõe a preferência pela acção da comunidade menor, é à comunidade maior – no caso, à União – que incumbe a prova dos pressupostos que enformam a observância da subsidiariedade. O segundo ponto, intimamente ligado com o antecedente, é o da exigência de fundamentação do acto à luz da subsidiariedade: trata-se de apresentar as razões justificativas da intervenção da União em prejuízo da acção dos Estados.

O Protocolo de Amesterdão, na senda do Conselho Europeu de Edimburgo, já dispunha no seu ponto 4 que, em relação a qualquer proposta de texto legislativo, “os motivos em que esta se baseia serão tornados expressos de modo a demonstrar que obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” e que “as razões que permitam concluir que um determinado objectivo da Comunidade pode ser alcançado mais adequadamente ao nível comunitário devem ser corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos”. Nesse pressuposto, o Protocolo, no seu ponto 9, incumbia a Comissão de proceder a amplas consultas e de fundamentar a pertinência das suas propostas relativamente ao princípio da subsidiariedade; mais

⁴⁸⁸ A doutrina considera unanimemente que o princípio da proporcionalidade começou a ser desenvolvido pelo TJ no AcTJ, 17.10.1970, *Internationale Handelsgesellschaft...*(C-11/70). Cfr. Parte III, para maiores desenvolvimentos.

⁴⁸⁹ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 9. Para uma análise da harmonização do direito processual penal desde a óptica da “*justification-based and procedural approach*” ao princípio, J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”.

prevendo que, sempre que necessário, a fundamentação que acompanhasse a proposta fornecesse elementos a esse respeito.

O Protocolo de Lisboa, na esteira do seu antecessor, estatui no seu art. 5.º que os projectos de actos legislativos “são fundamentados relativamente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”, devendo “incluir uma ficha com elementos circunstanciados que permitam apreciar a observância” desses princípios. O Protocolo recupera a exigência dos indicadores qualitativos e quantitativos: “[a]s razões que permitam concluir que determinado objectivo da União pode ser melhor alcançado ao nível desta serão corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos”. Também na esteira do seu antecessor, o Protocolo de Lisboa prevê no seu art. 2.º que a Comissão, antes de propor um acto legislativo, proceda a amplas consultas, as quais, na lógica da nova menção do art. 5.º, n.º 3, devem ter em conta, se for caso disso, a dimensão regional e local das acções consideradas.

Tal como refere MARGARIDA D’OLIVEIRA MARTINS, “as regras citadas traduzem ao fim e ao cabo obrigações de comportamento para as instituições que acrescem às obrigações advenientes do TCE [ora, TFUE], sendo estas novas obrigações de carácter vinculativo, não só quanto ao seu efeito como quanto à fonte normativa de que emanam”, pelo que “a sua preterição equivalerá à preterição de uma formalidade essencial”⁴⁹⁰.

A exigência de fundamentação encoraja as instituições, obrigadas que ficam a fundamentar as suas conclusões, a reflectir de forma aprofundada sobre a conveniência e a adequação da acção da União⁴⁹¹ (e sobre o modo do seu exercício, em correlação com o princípio da proporcionalidade). Naturalmente que essa vantagem apenas se potencia se o exercício não for meramente retórico e estéril. Mas se o exercício de fundamentação tiver essa deficiência, a acção assim justificada é susceptível de sindicância, por essa exacta razão e nessa exacta medida, designadamente pelo TJUE.

Como afirmam KOEN LENAERTS E PATRICK VAN YPERSELE, se se pretende evitar que a discricionariedade do legislador se transforme em arbitrariedade, é necessário que a motivação permita fazer tal destriça⁴⁹². A motivação desempenhará, pois, um papel determinante no controlo jurisdicional do princípio.

⁴⁹⁰ M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 276.

⁴⁹¹ Neste sentido, G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity’s Significance...*, p. 35.

⁴⁹² K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 75.

Todavia, e como *infra* melhor se explicitará, a jurisprudência do TJUE tem desapontado em termos da exigência, dirigida às instituições europeias, de uma fundamentação apropriada do princípio da subsidiariedade. O Tribunal, no Acórdão proferido no Processo n.º C-233/94, a analisar com mais detalhe *infra*, não distinguiu, contrariamente ao que propusera o AG P. Léger, entre a obrigação geral de fundamentação do então art. 190.º do TCE e a obrigação de fundamentação específica da subsidiariedade; e considerou que “não podia ser exigido que esse princípio [da subsidiariedade] fosse expressamente mencionado”. Todavia, essa obrigação de fundamentação específica viria a resultar dos pontos 4 e 5 do superveniente Protocolo de Amesterdão, e retomada no art. 5.º do Protocolo de Lisboa.

Podendo embora recusar-se força explicativa a esse Acórdão – pré-Amesterdão e pré-Protocolo(s) – na vigência de um quadro legislativo mais exigente, aquele que hoje resulta do Tratado de Lisboa, o certo é que a Comissão continua a confiar na validade desta jurisprudência⁴⁹³.

Por outro lado, e mais relevantemente, o próprio TJ, num Acórdão recente já proferido na vigência do Tratado de Lisboa (Processo C-358/14), e que *infra* também abordaremos, demonstrou continuar a confiar naquele parâmetro de exigência diminuta. Acresce que também no âmbito do Processo C-377/98, igualmente a referir com mais detalhe, o Tribunal admitiu como suficientes certas justificações *implícitas* nos considerandos de uma directiva.

À luz desse quadro de exigência diminuta, cumpre referir as lacónicas afirmações nos considerandos das directivas harmonizadoras do direito penal substantivo respeitantes à observância do princípio da subsidiariedade⁴⁹⁴. O legislador europeu tem recorrido invariavelmente a uma fórmula circular que pouco ou nada informa sobre a ponderação que subjaz aos testes da subsidiariedade, na medida em que pressupõe uma justificação do tipo *a harmonização justifica-se por si mesma*. Atente-se no caso da Directiva 2014/57/UE relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado):

⁴⁹³ Cfr., em análise à proposta da Procuradoria Europeia, a recuperar *infra*, COM (2013) 851 final – 27.11.2013.

⁴⁹⁴ M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 392, refere que na vigência dos Tratados de Amesterdão e Nice nem sempre foi entendido oportuno dedicar sequer um considerando das DQ a assinalar a conformidade da medida com o dito princípio: vejam-se os casos da DQ 2003/80/JAI (“ambiente”) e da DQ 2003/568/JAI (“corrupção no sector privado”).

“Atendendo a que o objectivo da presente directiva, nomeadamente garantir a previsão de sanções penais pelo menos para as infracções mais graves de abuso de mercado em toda a União, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros e pode, pois, devido à escala e aos efeitos da presente directiva, ser mais bem alcançado a nível da União, a União pode adoptar medidas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade enunciado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia (TUE)” (considerando 25)⁴⁹⁵.

Todavia, como veremos, o próprio TJ tem aceitado, e até mesmo afirmado, esse argumento circular. As dificuldades associadas à interpretação do princípio da subsidiariedade, e em especial associadas à sua aplicação prática no domínio da harmonização legislativa, contribuem para essa circunstância. Será tema a abordar com mais profundidade no 3.º Capítulo.

⁴⁹⁵ No mesmo sentido: i) a Directiva 2014/62/UE: “Atendendo a que o objectivo da presente directiva, a saber, proteger o euro e outras moedas contra a contrafacção, não pode ser suficientemente alcançado pelos [EM], mas pode, devido à sua dimensão e aos seus efeitos, ser mais bem alcançado ao nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade” (considerando 29); ii) a Directiva 2013/40/UE: “Atendendo a que os objectivos da presente directiva, a saber, sujeitar os ataques contra os sistemas de informação, em todos os [EM], a sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas e melhorar e incentivar a cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes, não podem ser suficientemente realizados pelos [EM], e podem, pois, devido à sua dimensão e efeitos, ser mais bem alcançados ao nível da União, a União pode adoptar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade” (considerando 33); iii) a Directiva 2011/93/UE: “Atendendo a que o objectivo da presente directiva, a saber, lutar contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, não pode ser suficientemente alcançado unicamente pelos [EM], e pode, pois, por razões de escala e pelos seus efeitos, ser mais bem atingido a nível da União, esta pode adoptar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade” (considerando 49); iv) a Directiva 2011/36/UE: “Atendendo a que o objectivo da presente directiva, a saber, a luta contra o tráfico de seres humanos, não pode ser suficientemente realizado pelos [EM], e pode, devido à sua dimensão e aos seus efeitos, ser mais bem atingido a nível da União, esta pode adoptar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade” (considerando 32).

2.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO *NORMA DE CONTROLO* POLÍTICO

1. O controlo político: o papel dos Parlamentos nacionais

À consagração do princípio da subsidiariedade esteve sempre subjacente a conceptualização de um conjunto de estritas exigências procedimentais. E isto também ao nível do controlo político (interinstitucional) da sua observância. Tal controlo político é particularmente importante, na medida da dificuldade do seu controlo jurisdicional (cfr. 3.º Capítulo).

Relativamente ao referido controlo, o Acordo Interinstitucional de 1993 definiu a obrigação das três instituições-parte (PE, Conselho e Comissão) de, no âmbito dos respectivos procedimentos internos, verificarem regularmente a conformidade da acção prevista com as disposições relativas à subsidiariedade. E isto tanto no que se refere à escolha dos instrumentos jurídicos como ao conteúdo das propostas. Também a Comissão ficou desde logo incumbida de elaborar um relatório anual ao PE e ao Conselho sobre a observância do princípio, o que cumpriu a partir de 1994.

Essa obrigação foi desenvolvida no Protocolo de Amesterdão, no seu ponto 9: a Comissão deveria apresentar anualmente ao Conselho Europeu, ao PE e ao Conselho (enviando-o ainda ao Comité das Regiões e ao Comité Económico e Social) um relatório sobre a aplicação do art. 5.º do Tratado, relatório a ser tomado em conta pelo Conselho Europeu no seu próprio relatório sobre os progressos realizados pela União a apresentar ao PE. Mais previa o Protocolo, quanto ao controlo político, que o PE e o Conselho procederiam a uma análise, fazendo parte integrante da análise global das propostas da Comissão, da coerência dessas propostas com o disposto no art. 5.º do Tratado (ponto 11).

O Protocolo de Lisboa, no seu art. 9.º, reitera a obrigação a cargo da Comissão de apresentar um relatório anual sobre a aplicação do art. 5.º às instituições e órgão já referidos em Amesterdão, mas adiciona novos destinatários de relevo – os Parlamentos nacionais (“PN”⁴⁹⁶). Trata-se de uma das manifestações, entre outras mais

⁴⁹⁶ Ao longo deste Capítulo, a referência aos Parlamentos nacionais é feita com a abreviatura PN.

significativas, do *papel reforçado* dos PN no Tratado de Lisboa, considerado como um avanço na perspectiva da legitimidade democrática na União.

Uma das grandes novidades de Lisboa foi com efeito a de associar os PN ao controlo da subsidiariedade, nos termos dos arts. 5.º, n.º 3, 2.ª parte, e 12.º, al. b), do TUE⁴⁹⁷, do art. 69.º do TFUE, do Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e ainda do Protocolo (n.º 1) relativo ao papel dos PN da União Europeia⁴⁹⁸.

Nas ilustrativas palavras de G. A. BERMANN, trata-se de uma oportunidade conferida aos PN, na qualidade de “guardiões da subsidiariedade”, “*to exert political influence over the fate and fortunes of the subsidiarity principle in EU lawmaking*”⁴⁹⁹. O controlo dos PN é tanto mais relevante quanto as instituições europeias possam ter falhado naquilo que é identificado como o requisito de auto-controlo (“*self-restraint*”). Note-se que a opção de atribuir aos PN o referido controlo foi escolhida depois da consideração de várias outros mecanismos não jurisdicionais⁵⁰⁰.

No âmbito do mecanismo designado de “*early warning system*” ou “alerta precoce”, os PN recebem todos os projectos de actos legislativos na acepção do art. 3.º do Protocolo de Lisboa, bem como todos os projectos alterados, provenientes da Comissão, do PE e do Conselho (neste último caso, trata-se de projectos emanados de um grupo de EM, do Tribunal, do BCE ou do BEI); recebem ainda, logo que adoptadas, as resoluções do Parlamento e as posições do Conselho (art. 4.º do Protocolo).

⁴⁹⁷ J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 133, chama a atenção para o valor altamente simbólico, mas sem valor normativo, deste art. 12.º. Aponta para o facto de este ser dos poucos preceitos que, na versão inglesa, não introduzem o verbo “*shall*” (“*shall’ prescription*”), referindo que foi por iniciativa do Reino Unido que foi discutido o modo de formular o preceito sem que pudesse ser interpretado como impondo deveres legais aos PN.

⁴⁹⁸ Este Protocolo (n.º 1) teve a sua origem no Tratado de Amesterdão e foi por ele anexo aos Tratados, mas apenas na sua versão de Lisboa se prevê a intervenção dos PN no controlo da subsidiariedade. Com efeito, em Amesterdão esteve em causa a previsão de medidas de carácter essencialmente informativo, bem como a “constitucionalização” da COSAC (Conférence interparlementaire des organes spécialisés dans les affaires européennes), instituída em Paris em 16 e 17 de Novembro de 1989. Note-se que, nos termos do Protocolo de Amesterdão, a COSAC poderia dirigir ao PE, ao Conselho e à Comissão todos os contributos que considerasse adequados sobre as actividades legislativas da União, nomeadamente no que se refere à aplicação do princípio da subsidiariedade, ao ELSJ, bem como a questões relacionadas com os direitos fundamentais. Sobre a COSAC, M. D’OLIVEIRA MARTINS, “O novo regime...”, p. 53 a 56; ainda G. A. BERMANN, “National Parliaments and...”, p. 157; e J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 144 e ss.

⁴⁹⁹ G. A. BERMANN, “National Parliaments and...”, p. 155 e 160, elogiando amplamente as virtualidades deste controlo parlamentar da subsidiariedade, denotando a sua mais-valia em relação ao *status quo* estadunidense.

⁵⁰⁰ De entre os mecanismos considerados no âmbito do Grupo de Trabalho I da Convenção Europeia (cfr. o Relatório, já citado), contavam-se a criação do(a) Sr.(a) Subsidiariedade a quem seria cometida a tarefa do controlo; a possibilidade de criar um novo mecanismo *ad hoc* com competência para o controlo; a melhoria do controlo judicial através por exemplo, entre outras hipóteses, da criação de uma câmara da subsidiariedade no TJUE. Cfr. E. SPAVENTA, “O princípio da...”, p. 95 e 96.

No prazo de oito semanas, os PN ou qualquer uma das suas câmaras pode remeter à instituição respectiva – que, tratando-se do Conselho, o enviará ao responsável pela sua emanção – um parecer fundamentado em que exponha as razões pelas quais considera que o projecto em questão não obedece ao princípio da subsidiariedade (art. 6.º do Protocolo).

A instituição de onde emanou o projecto, ou o grupo de EM, tem em conta os pareceres fundamentados emitidos pelos PN, no âmbito de um procedimento específico de controlo da subsidiariedade previsto no art. 7.º, n.º 2, do Protocolo – note-se, para efeitos deste controlo, que cada PN dispõe de dois votos (numa União a vinte e oito, são cinquenta e seis votos), sendo que no caso dos Parlamentos bicamerais cada Câmara tem um voto. No caso de os pareceres fundamentados representarem, pelo menos, um terço total dos votos dos PN, o projecto deve ser reanalisado. Esse limiar desce para um quarto *no caso de o projecto de acto legislativo respeitar ao espaço de liberdade, segurança e justiça*, o que bem evidencia a natureza especial deste domínio e as sensibilidades que lhe estão subjacentes.

Na hipótese de censura parlamentar, o projecto é reanalisado e a instituição responsável, ou o grupo de EM, toma fundamentadamente uma de três decisões: mantém-no, altera-o ou retira-o. O autor da iniciativa legislativa não está vinculado à opinião dos PN, desde que fundamente a sua decisão. Por essa razão, o mecanismo é designado de “cartão amarelo”.

O Protocolo define ainda no art. 7.º, n.º 3, um procedimento específico no quadro do processo legislativo ordinário – co-decisão PE e Conselho –, que se identifica como “cartão laranja”. Mais uma vez, não se trata propriamente de um “cartão vermelho” porque o autor da iniciativa, no caso a Comissão, não está totalmente vinculado à opinião dos PN. A posição desfavorável daqueles não é necessariamente suficiente para bloquear o processo legislativo⁵⁰¹. Mas o procedimento é mais exigente e pode acabar por ter, a final, um efectivo resultado de bloqueio.

Com efeito, na hipótese de um procedimento específico no quadro do processo legislativo ordinário, caso os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade representem, pelo menos, a maioria simples dos votos atribuídos aos PN, a proposta deve ser reanalisada e a Comissão decidirá mantê-la, alterá-la ou retirá-la. Mas a Comissão, se optar por manter a proposta, deve especificar

⁵⁰¹ J. LOUIS, “National Parliaments and..”, p. 141.

em parecer fundamentado a razão pela qual entende que a mesma obedece ao princípio da subsidiariedade. Esse parecer (bem como os dos PN) é remetido ao legislador da União (PE e Conselho) para ponderação. Nesse caso, abre-se uma nova fase de controlo: antes de concluir a primeira leitura, o legislador ponderará a compatibilidade da proposta com o princípio da subsidiariedade. Nestes termos, se por maioria de 55% dos membros do Conselho ou por maioria dos votos expressos no PE o legislador considerar que a proposta não é efectivamente compatível com o princípio da subsidiariedade, alinhando assim com os PN, não continuará a ser analisada.

São várias as vantagens reconhecidas ao controlo político da subsidiariedade promovido pelos PN⁵⁰². Diz-nos TAKIS TRIDIMAS, a este propósito, que estas disposições “podem ser vistas como reforçando o diálogo, a democracia e a descentralização”, já que “[p]erspectivam a competência comunitária, não como um intercâmbio bipolar entre as instituições europeias, por um lado, e os Estados-Membros, por outro, mas como um diálogo pluralista entre vários actores políticos a nível nacional e da União”: assim, em sua opinião, “[a]o fazê-lo, reforçam a democracia, a responsabilização [*accountability*] e a transparência”⁵⁰³. Nessa medida, o mecanismo também é um importante potenciador do escrutínio público das propostas da União.

Outra das vantagens apontadas é a circunstância de as análises promovidas pelos PN deixarem um rastro analítico e documental⁵⁰⁴, que pode ser de grande utilidade para o TJUE por ocasião do seu chamamento ao controlo jurisdicional do princípio⁵⁰⁵.

Todavia, e na medida em que os pareceres dos PN não são vinculativos, o sucesso do mecanismo vai depender da receptividade, designadamente por parte da Comissão (a quem cabe, em geral, a iniciativa legislativa), aos argumentos invocados pelos Parlamentos. Naturalmente, o referido sucesso vai também depender da qualidade e oportunidade das opiniões formuladas e da sua capacidade de contribuírem

⁵⁰² J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 134, aponta todavia para algumas visões mais cépticas acerca do papel, na prática, dos PN.

⁵⁰³ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 191 e 192. O mesmo Autor, em “Competence after Lisbon...”, p. 55, refere que este procedimento “*enhances the monitoring powers of the national parliaments and provides elements of a dual democracy paradigm*”. No sentido de que o mecanismo promove simultaneamente a legitimidade democrática e a “*subsidiarity compliance*”, I. COOPER, “The Watchdogs of...”, p. 282.

⁵⁰⁴ G. A. BERMANN, “National Parliaments and...”, p. 159.

⁵⁰⁵ Todavia, se em abstracto podem ser reconhecidas várias vantagens ao mecanismo de controlo, também é verdade que o seu negligente uso pode funcionar contra o objectivo visado: o controlo pelos PN, ao invés de fortalecer a aplicação do princípio, pode enfraquecê-la. D. WYATT, “Could a ‘yellow...’”, p. 15, por exemplo, observa que uma acção perante o TJUE fundada na inobservância do princípio, num caso em que os PN não tenham emitido “cartão amarelo” (ou, diríamos, pelo menos suscitado qualquer objecção de subsidiariedade), pode ser considerada pelo Tribunal como *prima facie* infundada. A intervenção dos PN funcionaria como um *endorsement* prévio à medida.

construtivamente para o processo legislativo. Na esclarecedora síntese de IAN COOPER⁵⁰⁶, para o sistema ser eficaz enquanto mecanismo de *compliance* da subsidiariedade, “*it must be a constructive (i.e. fruitful) argument, conforming at least in part to the ‘logic of arguing’ (...), in which the interlocutors remain open to persuasion*”.

Mas a eficácia da solução depende também, como assinala NUNO PIÇARRA, demarcando a “legitimidade democrática qualificada de que são efectivamente portadores”, que os PN estejam dotados “de estruturas próprias que lhes permitam examinar prontamente as propostas de actos legislativos da UE e estabelecer uma rede de consulta com os seus homólogos nos outros Estados-Membros”⁵⁰⁷.

§

Atendendo ao caso português, e por ora mais genericamente, a Assembleia da República, ao abrigo da Lei n.º 43/2006, de 25 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 21/2012, de 17 de Maio, procede ao enquadramento e análise de *todas* as propostas que lhe são transmitidas pelas instituições europeias. Por essa razão, tem sido particularmente activa nas pronúncias que tem dirigido à União sobre a conformidade dos projectos de actos legislativos europeus com o princípio da subsidiariedade.

Todavia, o Parlamento português apenas apresentou pareceres fundamentos concluindo pela efectiva violação do princípio da subsidiariedade em quatro casos⁵⁰⁸, nenhum dos quais em matéria penal. Os restantes pareceres, em abundante número, expressam posições favoráveis à observância do princípio.

No que se refere à Proposta de Regulamento do Conselho relativo ao exercício do direito de acção colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade

⁵⁰⁶ I. COOPER, “The Watchdogs of...”, p. 283.

⁵⁰⁷ N. PIÇARRA, “O Tratado de...vigência”, p. 22.

⁵⁰⁸ Os pareceres dos PN encontram-se disponíveis no *website* da IPEX (*The platform for EU Interparliamentary Exchange*). Foram apresentados pareceres de não conformidade relativamente às seguintes propostas: Proposta de Regulamento do PE e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 562/2006 para estabelecer regras comuns sobre a reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas em circunstâncias excepcionais; Proposta de Regulamento do Conselho relativo ao exercício do direito de acção colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços; Proposta de Directiva do PE e do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e produtos afins; Proposta de Decisão do PE e do Conselho, relativa à criação de um mecanismo de intercâmbio de informações sobre acordos intergovernamentais e instrumentos não vinculativos entre EM e países terceiros no domínio da energia e que revoga a Decisão n.º 994/2012/UE. Note-se que nem sempre existe acordo entre a Comissão de Assuntos Europeus e as comissões parlamentares consultadas: a falta de acordo é manifesta nos casos da “proposta de directiva tabaco” e da “proposta de regulamento acção colectiva”.

de prestação de serviços, a Assembleia da República, atento o parecer de não conformidade, contribuiu para o “cartão amarelo” que foi dirigido à proposta. Diferentemente, ao transmitir parecer de conformidade quanto à Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia, não contribuiu para este último “cartão amarelo”. E o mesmo sucedeu relativamente à Proposta de Directiva do PE e do Conselho relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. Esses três casos são, até ao momento, os únicos em que foi atingido o número suficiente de pareceres fundamentados dos PN para desencadear o reexame⁵⁰⁹: o primeiro projecto foi retirado, o segundo (cfr. *infra*) foi mantido sem alterações⁵¹⁰; o terceiro, mais recente, foi igualmente mantido⁵¹¹.

2. As *reasoned opinions* apresentadas pelos Parlamentos nacionais em contexto penal: introdução

Remetendo para o que já se expôs genericamente *supra*, cumpre analisar como esta “‘*virtual third chamber*’ for the review of EU legislation”⁵¹² tem procedido relativamente à “subsidiariedade em contexto penal”.

O mecanismo de controlo político analisado, na medida em que possibilita a participação dos PN no processo legislativo europeu, tem vindo a ser identificado com dois objectivos centrais: reforçar a legitimidade democrática do processo legislativo europeu, através de um escrutínio público ao nível parlamentar nacional; e melhorar,

⁵⁰⁹ Não existiu, até ao momento, nenhum caso de “cartão laranja”. I. COOPER, “A ‘Virtual Third...’”, p. 451, considera que este foi criado para ser um evento raro.

⁵¹⁰ Note-se, quanto ao “projecto de regulamento acção colectiva”, que o mesmo vinha fundado na base jurídica do art. 352.º do TFUE, cujo procedimento exige unanimidade no Conselho. Atendendo ao elevado número de pareceres dos PN que se pronunciaram no sentido da efectiva violação do princípio da subsidiariedade, era inglório para a Comissão continuar com a negociação da proposta, possivelmente votada ao insucesso nas votações no Conselho. No segundo caso, o da Procuradoria Europeia, apesar de o art. 86.º do TFUE igualmente prever a regra da unanimidade, admite a possibilidade da cooperação reforçada. Assim, mesmo sem a participação de todos os Estados, a proposta mantinha interesse político para a Comissão, estando ainda em discussão.

⁵¹¹ Cfr. COM (2016) 505 final – 20.7.2016.

⁵¹² I. COOPER, “The Watchdogs of...”, p. 283. Mais desenvolvidamente sobre o conceito “*Virtual Chamber*”, enquanto “‘*meta-parliament*’ made up of a group of national parliaments that directly participate in a collective decision-making procedure within an international organisation”, o Autor, “A ‘Virtual Third...’”, designadamente, p. 445.

através dessa vigilância, o nível de observância – procedimental e substantivo – do princípio da subsidiariedade no âmbito do referido processo⁵¹³.

Com efeito, assinala-se que o mecanismo dá aos PN uma voz, mesmo que não decisiva (por não equivaler a um verdadeiro veto), no processo legislativo europeu, assim materializando uma certa compensação pela perda de poder nacional que deriva da acumulação de poderes legislativos ao nível da União⁵¹⁴. E é apontado o potencial de aprofundamento da interpretação do princípio associado ao mecanismo: “os parlamentos nacionais irão escrutiná-la [à proposta legislativa], não quanto aos seus méritos gerais, mas unicamente pela sua fidelidade à subsidiariedade, o que irá necessariamente apurar o controlo”⁵¹⁵. Em abstracto, o controlo pode mesmo ajudar a desenvolver e a definir os termos da “subsidiariedade em contexto”, *maxime* em contexto penal.

IAN COOPER adverte que os criadores do mecanismo de controlo, no âmbito da Convenção que antecedeu o Tratado Constitucional, não esperavam dele interpretações definitivas do princípio da subsidiariedade, na medida em que seria expectável um confronto (conflito) de interpretações justificado até pela posição relativa de cada interveniente no processo (a Comissão mais favorável à acção da União, os PN menos). Todavia, o Autor assinala, num sentido positivo, que “a observância geral da subsidiariedade pela legislação da União seria potenciada se a interpretação da Comissão fosse regularmente e especificamente sujeita a desafio”⁵¹⁶. Com efeito, esse diálogo, essa interacção argumentativa, ao obrigar à representação do princípio, pode promover a própria substanciação do mesmo e a melhoria do processo justificativo, formal e substantivo, associado às propostas.

Tem também vindo a ser assinalado que os PN estão especialmente vocacionados para o controlo, na medida em que, nos domínios das competências concorrentes, são em regra os directos concorrentes (passe-se a redundância) do legislador europeu: “sempre que a UE actue nessas áreas, isso implica uma potencial invasão do ‘domínio’ dos parlamentos nacionais”, estes “defenderão a subsidiariedade, já que, ao fazê-lo, também defendem as suas prerrogativas institucionais”⁵¹⁷.

⁵¹³ *Vd.* I. COOPER, *ibidem*, p. 291, falando dos “*twin goals of enhancing democratic legitimacy and improving subsidiarity compliance*”.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 292.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 292.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 294.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 292.

A referida consideração ganha particular relevo se a analisarmos à luz do direito penal e do princípio da legalidade⁵¹⁸. Apesar de a competência penal da União se concretizar, em princípio, através de directivas cuja transposição no ordenamento jurídico de cada EM não prescinde da intervenção do legislador nacional, ainda assim há uma perda significativa de poder desde logo ao nível da *decisão sobre a criminalização*. Aliás, relativamente a algumas propostas, e pelo menos quanto à definição dos elementos do tipo, a margem de liberdade dos PN na transposição é muito reduzida.

Em teoria, não vemos como não aplaudir o mecanismo de controlo em causa, em especial no domínio penal, já que o reforço da legitimidade democrática constitui “luta” sempre oportuna. Por outro lado, a aplicação do princípio da subsidiariedade em geral, e no contexto penal em particular, pode ganhar com o diálogo e a troca de opiniões possibilitada pelo mecanismo de escrutínio em causa⁵¹⁹. No entanto, como seguidamente veremos, não tem sido muito frequente o diálogo entre os PN e a Comissão no âmbito objecto da presente análise.

A consulta das bases de dados relevantes⁵²⁰ permite-nos algumas constatações surpreendentes relativamente às pronúncias dos PN, especialmente no que se refere à escassa emissão das designadas *reasoned opinions* (RO) – pareceres fundamentados concluindo pela violação do princípio da subsidiariedade. Isto no âmbito das propostas que relevam do direito penal (substantivo) europeu, objecto da presente análise⁵²¹.

⁵¹⁸ Pensemos no caso português e no princípio, previsto na CRP, segundo o qual apenas uma lei da Assembleia ou por ela competentemente autorizada pode definir o regime dos crimes, das penas e das medidas de segurança (art. 165.º, n.º 1, al. c), da CRP).

⁵¹⁹ Expressando dúvidas sobre se tal sistema pode, em última análise, originar melhor legislação, e expressando mesmo a “suspeita” de que “pode acabar por não ser mais do que uma forma ‘sensacionalista’ simpática de abordar um problema sério”, E. SPAVENTA, “O princípio da...”, p. 109 e 110.

⁵²⁰ A presente análise toma por referência as pesquisas efectuadas no *webiste* da IPEX (*The platform for EU Interparliamentary Exchange*) – cfr. nota *supra*; para clarificações sobre o método de pesquisa, *vd.* “(Outras) fontes documentais” *infra*. Veja-se ainda, para análise de uma experiência piloto promovida pela COSAC antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (em 2007), recaindo sobre a DQ 2002/475/JAI do Conselho relativa à luta contra o terrorismo, em que apenas o Reino Unido considerou a proposta contrária à subsidiariedade, M. MORALES ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 715 e ss. Obs.: as traduções, no corpo do texto, são sempre nossas.

⁵²¹ Tomamos por referência, para os efeitos da presente análise, as seguintes Propostas de Directivas, sempre do PE e do Conselho, harmonizadoras do direito penal substantivo (a maioria destas propostas viria, mesmo que com alterações, a ser aprovadas e convertida em directivas aprovadas – cfr. Parte I, 1.º Capítulo): i) Proposta de Directiva relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (COM (2010) 94) (de ora em diante, “proposta de directiva crianças”); ii) Proposta de Directiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas (COM (2010) 95) (“proposta de directiva tráfico de seres humanos”); iii) Proposta de Directiva relativa a ataques contra os sistemas de informação (COM (2010) 517) (“proposta de directiva sistemas de informação”); iv) Proposta de Directiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à

Em termos de *RO* efectivamente dirigidas ao legislador da União, a consulta das bases de dados permite-nos as seguintes conclusões: i) à “proposta de directiva legislação aduaneira” foram dirigidas três *RO*, provenientes dos Paramentos dinamarquês, lituano e sueco; ii) à “proposta de directiva abuso de mercado” foi dirigida uma *RO*, proveniente do *Bundesrat* alemão (o *Bundestag* alemão também apresentou várias reservas, mas o seu parecer não foi identificado como *RO*); iii) à “proposta de directiva PIF” foi dirigida uma *RO*, proveniente do Parlamento sueco; iv) à “proposta de directiva droga” foram dirigidas duas *RO*, mas ambas provenientes do Reino Unido, uma da *House of Lords* e outra da *House of Commons*.

Assim, no domínio do direito penal substantivo, existem apenas sete *RO*, abrangendo apenas quatro propostas de directiva (das nove consideradas). Todavia, existem opiniões ou contributos suscitando algumas questões relevantes, por vezes até idênticas às suscitadas em *RO*, mas sem identificação enquanto tal⁵²². Por outro lado, nunca foi dirigido “cartão amarelo” a qualquer proposta harmonizadora do direito penal substantivo⁵²³.

Especificamente sobre o caso português, a Assembleia da República, mesmo que analisando *todas* as propostas que lhe são dirigidas, nunca emitiu qualquer *RO* em matéria de direito penal substantivo (e nem mesmo o fez no especial caso da “proposta de regulamento Procuradoria Europeia”). Em todos os contributos que dirigiu à União neste âmbito, o Parlamento português não suscitou qualquer reparo em termos de subsidiariedade (ou de proporcionalidade). Apoiou sempre as propostas, em regra

manipulação de mercado (abuso de mercado) (COM (2011) 654) (“proposta de directiva abuso de mercado”), bem como a Proposta alterada de Directiva (COM (2012) 421) (“proposta alterada de directiva abuso de mercado”); v) Proposta de Directiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (COM (2012) 363) (“proposta de directiva PIF”); vi) Proposta de Directiva relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção (COM (2013) 42) (“proposta de directiva contrafacção de moeda”); vii) Proposta de Directiva que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga, no que diz respeito à definição de droga (COM (2013) 618) (“proposta de directiva droga”); viii) Proposta de Directiva relativa à luta contra o terrorismo (COM (2015) 625) (“proposta de directiva terrorismo”); ix) Proposta de Directiva relativa ao quadro jurídico da União respeitante à legislação aduaneira e respectivas sanções (COM (2013) 884) (“proposta de directiva legislação aduaneira”) (obs.: esta última proposta merece referência e análise, embora se suscite a dúvida quanto a saber se se trata de uma verdadeira proposta harmonizadora do direito penal substantivo).

⁵²² A analisar igualmente, sempre que existam versões linguísticas que nos sejam compreensíveis, isto é, traduzidas em inglês, ou originais em francês, italiano e espanhol (as traduções dos pareceres e contributos, no corpo do texto, são sempre nossas).

⁵²³ Importará todavia analisar a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM (2013) 534), apesar de não se tratar de uma medida harmonizadora do direito penal substantivo. A sua relevância é expressa pelo facto de se tratar, até ao momento, do único “cartão amarelo” dirigido a propostas que relevam do Capítulo 4 do Título V do TFUE. Cfr. *infra*, ponto 9.

recuperando, por vezes mesmo transcrevendo, os argumentos apresentados nas respectivas exposições de motivos⁵²⁴.

3. As *reasoned opinions* dirigidas à “proposta de directiva legislação aduaneira”

3.1. A proposta: nota gerais

A “proposta de directiva legislação aduaneira” convoca o problema de um eventual conflito entre bases jurídicas: o art. 33.º do TFUE, no qual se funda, e o art. 83.º, n.º 2, do TFUE (competência anexa). Com efeito, a Comissão refere, na exposição de motivos da proposta, que considerou no âmbito dos trabalhos preparatórios várias “alternativas políticas”⁵²⁵. E sustenta ter optado pelo “estabelecimento de sanções não penais”. Não se trataria pois, na perspectiva da Comissão, de uma verdadeira medida harmonizadora do direito penal, mas sim de uma “lista comum de diferentes infracções (...) que violam as regras do Código Aduaneiro da União”.

⁵²⁴ Não obstante ter analisado todas as propostas de directiva em matéria penal, e de em todos os casos ter emitido pareceres, a AR oferece, regra geral, uma fundamentação algo insuficiente no âmbito dessas suas pronúncias sobre a subsidiariedade. Em alguns casos, limita-se a repetir a fórmula do art. 5.º do TUE, considerando, sem mais justificação, que “a acção considerada não podia ser suficientemente alcançada pelos Estados-Membros, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”. Noutros casos, para além daquela fórmula-padrão, a Assembleia valida o argumento circular (questão a recuperar *infra*) segundo o qual a harmonização se justifica porque há desarmonia. Por outro lado, a AR nunca apontou défices de fundamentação às propostas da Comissão, ou seja, nunca considerou terem sido insuficientemente cumpridas as exigências de fundamentação quantitativa e qualitativa sobre a necessidade e mais-valia da acção da União (fizera-o anteriormente, por exemplo no caso da “proposta de directiva tabaco” ou da “proposta de decisão energia” – cfr. *supra*). Assim, foram sempre aceites como adequadas e suficientes as considerações expressas pela Comissão nas suas exposições de motivos. É ainda interessante notar que a AR não objectou, em caso algum, à base jurídica utilizada (fizera-o anteriormente, por exemplo, no caso “proposta de regulamento acção colectiva”). E também nunca suscitou questões atinentes à proporcionalidade da medida (fizera-o anteriormente, por exemplo no caso da “proposta de regulamento acção colectiva” ou da “proposta de directiva tabaco”). Da leitura dos pareceres fica a impressão de um exercício algo rotineiro e mecânico no que às propostas integrando medidas penais respeita. A análise da subsidiariedade – que constitui afinal o *core* do mecanismo de controlo – ocupa regra geral pouco mais do que um ou dois parágrafos; os pareceres constituem, em alguns casos (a maioria), mero resumo das propostas da Comissão e/ou explanação dos seus considerandos. Por outro lado, e apesar de cada pronúncia vir consubstanciada em várias páginas (com os pareceres da Comissão de Assuntos Europeus e de outras comissões parlamentares), existe em grande medida uma repetição de entendimentos – regra geral, a Comissão de Assuntos Europeus recupera os pareceres das comissões parlamentares consultadas. E uns e outros repetem/resumem as exposições de motivos da Comissão.

⁵²⁵ Por um lado, “uma medida legislativa de aproximação dos tipos de infracções aduaneiras e sanções não penais”; por outro, “duas medidas legislativas distintas com o objectivo de aproximar as infracções aduaneiras e sanções não penais, por um lado e as infracções aduaneiras e sanções penais, por outro”. Cfr., para uma análise sobre a nebulosidade das fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório, P. CAEIRO, “The influence of...”.

Nessa medida, na opinião da Comissão, a base jurídica adequada seria a do art. 33.º do TFUE, nos termos do qual “o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, tomam medidas destinadas a *reforçar a cooperação aduaneira* entre os Estados-Membros e entre estes e a Comissão”; prescindindo, portanto, do apelo ao art. 83.º, n.º 2. Tal posição da Comissão veio a ser contestada por alguns PN.

Num primeiro momento, a Comissão entendeu mesmo que não haveria lugar a questionamento sobre a subsidiariedade, por estar em causa um domínio de competência *exclusiva* (“União Aduaneira”). No entanto, através de um *corrigendum*, veio alterar esse seu entendimento tendo em conta a base jurídica escolhida (integrada no capítulo referente à “cooperação aduaneira”)⁵²⁶.

3.2. A RO do Parlamento dinamarquês

A sintética RO do Parlamento dinamarquês (*Folketing*) começa por manifestar discordância com a posição inicialmente assumida pela Comissão, declarando tratar-se de área em que a União e os EM partilham competência e por isso subordinada ao teste da subsidiariedade. Assim, pronuncia-se sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade, pressupondo nessa análise uma estreita conexão entre esse princípio e a proporcionalidade “*competencial*”.

Para o Parlamento dinamarquês, a proposta não é conforme com a subsidiariedade “uma vez que representa uma harmonização mais extensiva das normas relativas às infracções à legislação aduaneira da UE e às correspondentes sanções do que a necessária para resolver os genuínos problemas resultantes das diferenças na aplicação de sanções pelos Estados-Membros”. Assim, aquele Parlamento “considera duvidoso que o objectivo da proposta, de reforçar a legislação aduaneira comum da UE, possa ser melhor alcançado através de regras comuns da UE em matéria de infracções à legislação aduaneira e, não menos importante, de sanções correspondentes”.

A objecção do Parlamento dinamarquês compreende-se melhor se considerarmos as especificidades da proposta. É que esta define os elementos constitutivos das infracções (sem identificar a sua natureza, penal ou administrativa) e afirma, no seu considerando 6.º, que “não determina se os Estados-Membros devem

⁵²⁶ COM (2013) 884 final/4 – 5.6.2014.

aplicar sanções administrativas ou penais às infracções aduaneiras” assim definidas. Impõe apenas que sejam adoptadas “sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas” (fórmula, aliás, recorrente nas propostas harmonizadoras *penais*); estabelece ainda certos parâmetros quantitativos para as “multas pecuniárias”, que todavia não determina como as únicas passíveis de aplicação. O art. 12.º refere mesmo expressamente que são os EM a determinar “o *tipo* e o *nível* das sanções”.

Ora, a exposição de motivos da Comissão vinha fundamentar a proposta nas disparidades entre os EM no referente à aplicação de *sanções*, tão declaradamente diversas nos vários sistemas quanto ao seu tipo e grau. A proposta centra-se na definição muito precisa dos elementos constitutivos das infracções, inclusivamente definindo casos de responsabilidade objectiva (*strict liability*)⁵²⁷. Mas deixa a definição das sanções – afinal “a” grande questão a reclamar resolução – , em larga medida, à discricionariedade dos EM.

A explicação que antecede resulta da nossa *interpretação* do parecer do Parlamento dinamarquês, analisado à luz da proposta sob escrutínio, já que o parecer limita a sua análise aos excertos citados. Mas mesmo que algo limitado na sua fundamentação, o parecer efectivamente suscita um problema que releva da aplicação do princípio da subsidiariedade. Desde logo porque o princípio da subsidiariedade integra um teste de proporcionalidade (relacionado com a proporcionalidade “*competencial*”) e o Parlamento refere o *excesso* da harmonização. Por outro lado, o Parlamento oferece argumentos que se prendem com a (não) *eficácia* da acção da União, considerando o objectivo convocado pela Comissão – teste, também este, próprio da subsidiariedade. Em todo o caso, a pronúncia é tímida.

3.3. A *RO* do Parlamento sueco

Relativamente à *RO* do Parlamento sueco (*Riksdag*), também muito sintética, começa por apontar um problema ao nível da base jurídica da proposta: não só porque a proposta harmonizadora não se integra no escopo da norma habilitante do art. 33.º do TFUE (*reforço da cooperação aduaneira*), mas também porque algumas das suas características parecem ter cabimento no art. 83.º do TFUE. Lê-se no documento que o *Riksdag* “considera que a base legal proposta, o artigo 33.º do TFUE, não é correcta e

⁵²⁷ “Os Estados-Membros devem assegurar que os seguintes actos ou omissões constituem infracções aduaneiras, independentemente de qualquer elemento de culpa...”.

que a Comissão não demonstrou que a previsão de uma escala comum de sanções seja necessária para alcançar o reforço da cooperação aduaneira”, mais entendendo ser “problemático que a proposta contenha características que são remanescentes do direito penal, e que normalmente surgem em instrumentos jurídicos cuja base legal é o artigo 83.º do TFUE”.

O segundo argumento é um puro argumento de competência/base jurídica; mas quanto ao primeiro argumento, embora o Parlamento o relacione directamente com o problema da falta de correspondência com os objectivos firmados na base jurídica (*reforço da cooperação aduaneira*), tem reflexos de raciocínio de subsidiariedade. Isto porque coloca a tónica na falta de demonstração das razões para a *necessidade* da acção empreendida pela União – requisito procedimental da subsidiariedade –, embora fique a dúvida sobre se a objecção, tal como genericamente enunciada, não poderia simplesmente enquadrar-se na exigência geral de fundamentação dos actos à luz do objectivo previsto na base jurídica invocada (art. 296.º do TFUE).

O Parlamento sueco relaciona directamente a sua objecção de subsidiariedade com o que vem escrito no segundo parágrafo da RO: o *Riksdag* “considera que certas partes da proposta não são compatíveis com o princípio da subsidiariedade. É duvidoso que algumas das medidas propostas sejam melhor reguladas ao nível da UE do que pelos Estados-Membros. Isto aplica-se, por exemplo, à questão de saber se a directiva deve estabelecer uma formulação comum [*“common formulation”*] relativa às sanções e aos seus níveis, assim como determinadas características [*“certain features”*] da proposta que normalmente são encontradas em actos legislativos cuja base legal é o artigo 83.º (regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e das sanções) do TFUE”⁵²⁸.

O Parlamento sueco não elabora convenientemente, a nosso ver, sobre o princípio da subsidiariedade. Numa primeira parte do parágrafo citado, parece expressar um desacordo algo geral com o estabelecimento de *“common formulation”*, ou seja, com a definição pormenorizada da *fattispecie*, mas sem concretizar quais os específicos problemas de subsidiariedade que aí considera relevantes. Numa segunda parte do

⁵²⁸ A afirmação poderá porventura afigurar-se confusa, mas a tradução é fiel. Para melhor esclarecimento, atente-se no texto em inglês: “[t]he Riksdag considers certain parts of the proposal not to be compatible with the principle of subsidiarity. It is doubtful whether parts of the proposed measures would be better regulated at EU level rather than by the member states. This applies to matters such as whether a common formulation should be established in the directive concerning sanctions and levels for these, as well as certain features in the proposal which normally are to be found in legislative acts for which the legal basis is article 83 (minimum rules on the constituent elements of criminal acts and penalties) in the TFEU”.

mesmo parágrafo, critica “*certain features of the proposal*” (que todavia não especifica), indicando que essas referidas características costumam encontrar-se nas medidas legislativas fundadas no art. 83.º do TFUE. Não se compreende verdadeiramente, quanto a este segundo argumento, se está em causa uma verdadeira objecção de subsidiariedade: o Parlamento parece entender que sim, pelo contexto da afirmação, mas na verdade o argumento correlaciona-se com um problema de erro na base jurídica escolhida (art. 83.º *versus* art. 33.º).

Assim, analisado o parecer, concluímos que os seus argumentos acabam por se centrar no problema da incorrecção da base jurídica. É possível encontrar tão-só reminiscências do raciocínio da subsidiariedade no ponto em que o Parlamento considera que a Comissão não demonstrou a *necessidade* da acção (com a ressalva apontada quanto ao dever geral de fundamentação), e ainda no ponto em que se duvida da *eficácia* da União relativamente à definição harmonizada. O parecer não é contudo muito elaborado ou sequer esclarecedor a esses propósitos.

3.4. A RO do Parlamento lituano

A RO do Parlamento lituano (*Seimas*) é a mais desenvolvida, embora as ressalvas não sejam todas directamente identificáveis com o princípio da subsidiariedade.

O referido Parlamento começa por suscitar a questão da proporcionalidade da medida, não tanto na perspectiva da proporcionalidade “*competencial*”, mas na dinâmica da colisão com direitos fundamentais previstos na CEDH. E isto considerando em especial as questões atinentes à responsabilidade objectiva ali prevista e à severidade das sanções. Por outro lado, suscita o problema do impacto da medida no ordenamento jurídico nacional. Todavia, e uma vez que está em causa o exame da proporcionalidade no seu sentido mais tradicional, e não na sua dinâmica “*competencial*” identificada com a subsidiariedade, dificilmente esta parte da opinião seria identificada como RO⁵²⁹. O próprio Parlamento não relaciona estas objecções com os testes da subsidiariedade. Em todo o caso, não deixa de ser relevante o diálogo político com a Comissão.

⁵²⁹ Foi aliás isso mesmo que ocorreu com o parecer do Parlamento da República Checa, a analisar, que dirigiu crítica análoga à proposta, mas que não foi identificado como RO.

Seguidamente, o parecer ocupa-se da questão da base jurídica/competência da União. Segundo o raciocínio do parecer, algo desenvolvido, o art. 33.º do TFUE apenas autoriza a União a adoptar legislação com o objectivo, único ou principal, de *reforçar a cooperação aduaneira* entre os EM e entre estes e a Comissão. Depois de apontar vários argumentos, conclui: “a base legal (artigo 33.º do TFUE) escolhida para a proposta não autoriza a União a promover a consagração de um quadro relativo às infracções à legislação aduaneira da União e a prever sanções para essas mesmas infracções”.

Do exposto se conclui que as objecções do Parlamento se prendem, neste ponto, com um estrito problema de competência/base jurídica. O Parlamento prossegue a sublinhar a interdependência entre competência/base jurídica e subsidiariedade, de forma a legitimar, também por via deste argumento, a emissão de uma *reasoned opinion*: “não pode ser afirmado que a proposta observe o princípio da subsidiariedade, em particular quando falha o cumprimento dos requisitos do princípio da atribuição, o qual estabelece que a União apenas actua se os Tratados previrem uma base legal para a acção”. Independentemente da validade do argumento nos termos em que a relação vem enunciada, que nos parece discutível, o certo é que o Parlamento apresenta seguidamente *outros* problemas de subsidiariedade.

Com efeito, na perspectiva do Parlamento lituano, o declarado desiderato de resolver os problemas resultantes da disparidade de legislações não será atingido. Os argumentos são idênticos aos invocados pelo Parlamento dinamarquês, mas mais desenvolvidos: “a lei não será cumprida, uma vez que o considerando 6 da proposta afirma que a ‘directiva não determina se os Estados-Membros devem aplicar sanções administrativas ou penais às infracções aduaneiras’, pelo que o tratamento das infracções à legislação aduaneira permanecerá substancialmente diferente em toda a União, ou seja, as sanções que podem ser impostas por cada Estado-Membro variarão quanto à sua natureza e severidade”. Um problema, portanto, de *eficácia* ou *added value* – teste da subsidiariedade.

Por outro lado, o Parlamento lituano considera que a Comissão “não justificou adequadamente que o estabelecimento de uma lista comum de infracções à legislação aduaneira, e do tipo e nível das sanções aplicáveis a esse incumprimento ao nível da União, constitua um instrumento indispensável para reforçar a cooperação entre as autoridades aduaneiras na União e entre estas últimas e a Comissão”. Ou seja, a tónica é colocada na dimensão procedimental da subsidiariedade – na falta de razões

quantitativas e qualitativas que demonstrem a mais-valia da acção da União, considerando o objectivo da acção definido pela base jurídica, isto é, o reforço da cooperação aduaneira. Todavia, e como também referido no caso do Parlamento sueco, fica a dúvida sobre se a objecção suscitada não poderia simplesmente enquadrar-se na exigência geral de fundamentação dos actos (art. 296.º do TFUE).

3.5. O contributo do Parlamento português: a validação do argumento circular e a posição discordante de um Partido

O Parlamento português, através de parecer emitido pela Comissão de Assuntos Europeus, considera a proposta compatível com o princípio da subsidiariedade. No entanto, limita-se a validar o argumento segundo o qual o objectivo da acção era em qualquer caso o de harmonizar, pelo que, estando demonstrada a existência de uma desarmonia legislativa, apenas a UE poderia aprovar a legislação harmonizadora (a harmonização justificar-se-ia por si mesma)⁵³⁰.

Assim, a mera constatação de uma qualquer disparidade normativa entre os sistemas jurídicos dos EM, independentemente das suas consequências para a esfera de interesses visados, seria suficiente para se considerarem ultrapassados os testes da subsidiariedade.

A Assembleia da República nada refere, pois, sobre o *impacto concreto* da harmonização em causa, desde logo sob o ponto de vista do objectivo da acção subjacente à base jurídica escolhida: o reforço da cooperação aduaneira. Mas mesmo que se aceitasse que o objectivo da acção considerada é, simplesmente, o de *harmonizar porque há desarmonia*, a proposta é passível de suscitar dúvidas na perspectiva da adequação a esse objectivo e, portanto, da eficácia da acção. Isto considerando as questões suscitadas pelos Parlamentos dinamarquês e lituano quanto, precisamente, à dessintonia entre a preocupação central (a disparidade de sanções) e a solução encontrada (a definição harmonizada dos tipos, deixando aos Estados a liberdade de definição da natureza, nível e grau das sanções).

⁵³⁰ O parecer refere que “[u]ma vez que a presente iniciativa visa fornecer uma lista de infracções à legislação aduaneira comum a todos os Estados-Membros e uma base de aplicação de sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelos Estados-Membros no domínio da União Aduaneira, que está plenamente harmonizada, esses objectivos não podem ser suficientemente concretizados pelos Estados-Membros com base nas suas diferentes tradições jurídicas”.

Cumprir dar conta da existência de uma declaração de voto, no caso do Partido Comunista Português, invocando violação do princípio da subsidiariedade. Nos seus termos, a violação ocorre “na medida em que a União Europeia apenas pode legislar para alcançar resultados que não poderiam ser atingidos a nível local e porque retira competência aos Estados sem demonstrar que os parlamentos nacionais não conseguiriam alcançar os mesmos ou melhores resultados, numa evidente e clara violação do princípio da subsidiariedade”. Mais refere aquela declaração que “[a] cresce que em matéria de direito penal há uma explícita interferência na soberania do Estado Português, consagrada na Constituição da República Portuguesa”⁵³¹.

Se o primeiro argumento pode ser identificado com a *reasoning* da subsidiariedade, porque identifica a sua dimensão procedimental na perspectiva da adequada fundamentação da mais-valia da acção ao nível da União, o mesmo não ocorre com o argumento da soberania, pelo menos no modo como vem enunciado.

Se a asserção é em si mesmo correcta – não há dúvida de que a aprovação de *qualquer* medida harmonizadora no âmbito do direito penal substantivo constitui uma interferência no poder do Estado de autonomamente decidir sobre a criminalização das condutas em causa –, o certo é que o argumento da soberania, por si só, não tem força explicativa para efeitos de aplicação dos testes da subsidiariedade. Em bom rigor, tal “interferência na soberania” não constituiria sequer *especialidade* desta concreta medida harmonizadora. O problema da soberania coloca-se a jusante, *maxime* no momento da atribuição de uma competência penal à União Europeia, concorrente com a dos EM. Todavia, nada impedirá, a nosso ver, a convocação do argumento da soberania para efeitos de justificar uma *certa interpretação* das bases jurídicas habilitantes (veja-se, *infra*, o caso da *RO* do *Bundestag*) ou uma *certa perspectiva* sobre a mais-valia da proposta europeia.

4. A *reasoned opinion* dirigida à “proposta de directiva abuso de mercado”

4.1. A *RO* do *Bundesrat*

⁵³¹ A declaração *assume* a natureza penal do projecto legislativo.

A “proposta de directiva abuso de mercado”, o primeiro projecto legislativo fundado no art. 83.º, n.º 2, do TFUE, no contexto da designada competência anexa, foi objecto de uma *RO* proveniente do *Bundesrat* alemão.

Estava em causa na proposta, muito sucintamente, o estabelecimento de regras mínimas quanto aos elementos constitutivos de duas infracções penais – abuso de informação privilegiada e manipulação do mercado – e das correspondentes sanções⁵³².

O *Bundesrat* começa por afirmar que, considerando que o princípio da subsidiariedade “*in essence concerns the principle of the exercise of competence*”, também se verificará a respectiva violação no caso de inexistir competência da União na área em apreço. Assim, para o *Bundesrat*, a primeira questão a considerar quando se procede a um controlo da subsidiariedade (“*subsidiarity check*”) é a questão da base jurídica: está em causa a íntima relação entre a competência/base jurídica e a subsidiariedade enquanto princípio regulador do exercício dessa competência. O argumento força sem dúvida os limites do princípio e do mecanismo de controlo: o propósito do *Bundesrat* parece ser o de legitimar a emissão de uma *RO*, mesmo que em causa estejam argumentos apenas *reflexamente* relacionados com a subsidiariedade.

Segundo o *Bundesrat*, a proposta de directiva, baseada no art. 83.º, n.º 2, do TFUE, não cumpre os requisitos necessários para encontrar legitimação naquela base jurídica, o que tem por consequência a incompetência da União relativamente à acção empreendida. Com efeito, para esta Câmara, o art. 83.º, n.º 2, do TFUE, pressupõe que a harmonização do direito penal substantivo nele fundada seja *essencial* ou *indispensável* para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização – nas suas palavras, “qualquer acto legislativo da União baseado no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, deve satisfazer o critério de ser essencial”.

Para o *Bundesrat*, está em causa seguir os termos da pronúncia do TC Alemão no seu Acórdão sobre o Tratado de Lisboa, no sentido de uma interpretação restritiva daquela competência anexa, sob pena de expansão ilimitada das competências da União em matéria penal, com as consequências inerentes em termos de perda de soberania

⁵³² Isto apesar de no art. 1.º se referir, estranhamente, estar em causa (apenas) o estabelecimento de “normas mínimas aplicáveis às sanções penais para as infracções mais graves de abuso de mercado, nomeadamente o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado”; como se estivesse em causa estabelecer apenas normas mínimas em matéria de sanções, e não também definir os elementos constitutivos dessas infracções.

nacional⁵³³. Assim, seguindo as orientações restritivas do TC Alemão, o *Bundesrat* considera: “[d]eve ser demonstrado que a legislação da União apenas pode ser eficazmente implementada num determinado domínio por via da aproximação do direito penal dos Estados-Membros, pelo estabelecimento de *standards* mínimos”; “[d]everia ser possível identificar lacunas de *enforcement* precisamente naqueles Estados-Membros que não dispõem de leis penais suficientes no domínio em causa”. O *Bundesrat* parece não se conformar com o argumento circular (*harmonizar porque há desarmonia*), antes exigindo a demonstração “de que existe uma efectiva e significativa lacuna no *enforcement* que apenas pode ser superada pela ameaça de sanções”.

Depois deste enquadramento mais abstracto, o *Bundesrat* aprecia em concreto a proposta de directiva, considerando que esta não cumpre os referidos requisitos. Segundo o *Bundesrat*, a directiva não responde à questão de saber “se” e “porquê” os *standards* penais mínimos europeus definidos são *essenciais* para implementar a política europeia em causa. Em sua opinião, alegar, como o faz a directiva, que medidas europeias de natureza penal podem *contribuir* para ultrapassar um problema ou podem ter um *impacto positivo* no cumprimento de um objectivo não constitui uma concretização da *natureza essencial* das medidas, nos termos e para os efeitos da base jurídica em causa.

Ora, para esta Câmara, o entendimento referido também se aplica às (meras) referências às divergências entre as leis sancionatórias dos EM, bem como às referências aos riscos que essas divergências podem ter ao potenciarem o *forum shopping*. Para o *Bundesrat*, é preciso mais do que a mera enunciação abstracta dessas divergências e desses riscos, com o que se recusa qualquer argumento circular:

“O específico impacto dos diferentes sistemas de sanções no que se refere à prossecução penal do abuso de mercado não é apresentado; também não existem provas concretas relativamente à ocorrência de tais deslocalizações das actividades criminosas, nem das consequências que isso possa ter. A mera possibilidade teórica de que os agentes possam escolher promover a conduta criminosa em países com leis mais complacentes não é uma particularidade do abuso de mercado, é antes válida para todos os domínios de actividade criminosa em que o direito penal dos Estados-Membros não

⁵³³ Para o *Bundesrat*, essa expansão “*would not be consistent with the principle of a substantial and limited transfer of sovereign rights, nor would it be compatible with the requisite protection of national legislative bodies and the particular democratic fashion in which such bodies are accorded authority as a result of majority decisions by electorate*”.

esteja inteiramente aproximado. Essa consideração genérica e teórica não pode, pois, servir para demonstrar a natureza essencial das medidas propostas, na acepção do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE”.

4.2. O contributo (quase *RO*) do *Bundestag*

Também o *Bundestag* apresentou um parecer com reservas à proposta, o qual todavia não foi identificado como *RO*; este parecer, segundo informação constante do IPEX, foi apresentado já após expirado o prazo de oito semanas⁵³⁴.

O *Bundestag* oferece uma pronúncia semelhante, porventura mais completa, também fundada no referido Acórdão do TC Alemão. O parecer desta Câmara, segundo a nossa interpretação, pode ser resumido em três proposições essenciais: i) estando em causa um domínio particularmente sensível, “*closely linked*” com a soberania nacional, há que interpretar restritivamente o texto dos Tratados, bem como monitorizar a subsidiariedade de forma particularmente exigente; ii) o art. 83.º, n.º 2, do TFUE, pressupõe a demonstração da *essencialidade* da medida, não sendo suficiente a mera teorização sobre as divergências legislativas entre os EM; iii) as propostas harmonizadoras do direito penal substantivo devem respeitar o princípio da legalidade (*nulla poena sine lege certa*).

Relativamente à primeira proposição, parece encontrar-se no parecer reflexo de uma perspectiva exigente no que toca à subsidiariedade em *contexto penal*; ou seja, uma leitura da subsidiariedade mais exigente neste domínio da afirmação da legitimidade da acção da União em matéria penal. O texto do parecer concilia essa exigente leitura da subsidiariedade com uma interpretação restritiva das competências da União e das bases jurídicas que a preveem, sendo muito difícil distinguir os respectivos campos de análise. Mas as questões interpenetram-se no documento: a uma interpretação restritiva das competências parece estar subjacente uma ideia da subsidiariedade enquanto *directriz interpretativa*; por outro lado, o controlo da subsidiariedade surge ali identificado enquanto controlo dos próprios limites da competência – uma íntima relação entre a *competência* e o seu *exercício*, em termos partilhados com o *Bundesrat* e que forcem os

⁵³⁴ Com efeito, enquanto que o parecer do *Bundesrat* tem data de 16.12.2011, o parecer do *Bundestag* tem data de 23.5.2012. Segundo consta de informação do IPEX, o prazo-limite era 3.1.2012. Talvez por essa razão, o *Bundestag* tenha identificado o seu contributo como “*Political dialogue with the European Commission*”.

limites da pronúncia. Citemos um excerto elucidativo a propósito das antecedentes considerações:

“Particularmente no âmbito das iniciativas legislativas, ao nível europeu, que digam respeito ao direito penal, a Lei Fundamental alemã atribui ao *Bundestag* a missão de rigorosamente monitorizar a observância dos princípios da subsidiariedade e da atribuição (...) Assim, se as propostas legislativas da Comissão ultrapassarem os poderes legais da União Europeia, o *Bundestag* pode instruir o Governo federal a vetar o acto legislativo, e solicitar-lhe que interponha um recurso de anulação junto do Tribunal de Justiça da União (TJUE) nos termos do artigo 263.º do [TFUE], em conjugação com o artigo 8.º do Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O *Bundestag* pode mesmo perspectivá-lo como um dever, com fundamento constitucional, se for apresentada prova insuficiente de que a legislação ao nível da União em matéria penal é efectivamente necessária. No direito alemão, os obstáculos a este tipo de acção de subsidiariedade são muito escassos. Uma acção dessa natureza pode ser promovida por apenas um quarto dos membros do *Bundestag*...” (ponto 3).

Assim, como referíamos, parece encontrar-se no parecer reflexo de uma perspectiva exigente no que toca à subsidiariedade em *contexto penal*, assumido o direito penal como *caso especial*. Para o *Bundestag*, considerando a íntima relação entre direito penal e soberania, a acção da União deve estar sujeita a requisitos particularmente estritos no que respeita à sua necessidade, o que redundará em exigências acrescidas do ponto de vista da substanciação das razões para a acção ao nível europeu. A este propósito, são esclarecedoras as seguintes considerações do parecer:

“No que diz respeito ao princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia), importa referir que o direito penal está estreitamente ligado à soberania dos Estados-Membros. Consequentemente, aplicam-se requisitos particularmente rigorosos quanto à necessidade de legislar ao nível da UE. Isso vem automaticamente exigir um maior nível de fundamentação ao explicar essa necessidade” (ponto 4).

Particularmente importante, neste ponto do parecer, é o afastamento, também pelo *Bundestag* e à semelhança do *Bundesrat*, do argumento circular:

“Formulações meramente retóricas e genéricas a respeito de diferentes sentenças ou sanções nos Estados-Membros, tal como constam do ponto 3.2. da exposição de motivos da proposta de directiva, ou do seu considerando 3.º, não satisfazem esses requisitos. A Comissão Europeia não pode reclamar qualquer nível de discricionariedade quanto a estes requisitos, uma vez que o princípio da subsidiariedade estabelece um limite negativo às competências da União Europeia em relação às dos Estados-Membros” (ponto 4).

Para o *Bundestag*, as exigências que já encontrariam justificação nas especialidades do direito penal são ainda mais oportunas no caso das medidas fundadas no art. 83.º, n.º 2, do TFUE, na esteira do Acórdão do TC Alemão. Neste ponto, a opinião do *Bundestag* aproxima-se da do *Bundesrat*, sendo a tónica colocada na interpretação restritiva da competência fundada naquela base jurídica e no requisito da *essencialidade*.

Assim, o *Bundestag* considera que a medida em causa não cumpre as exigências da sua base legitimadora: “contribuir meramente para a eficaz execução das políticas da UE, destinadas a lutar mais eficazmente contra a manipulação do mercado e o abuso de informação privilegiada, não pode ser considerado como essencial na acepção do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE” (ponto 6).

Mais uma vez, agora com o art. 83.º, n.º 2, em perspectiva, recusa-se a validade do argumento circular (*harmonização porque há desarmonia*):

“[m]esmo a referência às diferenças nos sistemas de sanções dos Estados-Membros no domínio da manipulação de mercado e do abuso de informação privilegiada não pode, por si só, afigurar-se suficiente, já que tal constatação justificaria a actuação em todas as áreas em que os sistemas penais estão estruturados de forma diferente nos Estados-Membros. Contudo, a Comissão não fornece nenhuma explicação concreta sobre a razão pela qual, nesta área em particular, não podem ser contempladas outras medidas no sentido do reforço da execução das normas destinadas a combater a manipulação de mercado e o abuso de informação privilegiada nos Estados-Membros” (ponto 7)⁵³⁵.

⁵³⁵ É interessante comparar, neste caso concreto, o nível de exigência do *Bundestag* com o nível de exigência do Parlamento português, que no seu parecer considera designadamente: “Embora se reconheça que regimes de sanções mais estritos não podem solucionar todos os problemas relacionados com a aplicação das regras da UE sobre serviços financeiros, considera-se que uma maior convergência e

Essa recusa do argumento circular é tanto mais importante quanto o parecer também assinala a perspectiva do direito penal como *ultima ratio* (ponto 9)⁵³⁶.

5. A *reasoned opinion* dirigida à “proposta de directiva PIF”

5.1. A RO do Parlamento sueco

Estando em causa uma proposta de directiva harmonizadora do direito penal substantivo fundada no art. 325.º do TFUE, ao invés de no art. 83.º, n.º 2, do TFUE⁵³⁷, o Parlamento sueco (*Riksdag*) começa por considerar a proposta problemática desde esse ponto de vista. Trata-se portanto, no essencial, de um problema de competência/base jurídica, ainda que esteja implícito ao parecer o raciocínio da subsidiariedade.

Não chegamos a compreender definitivamente se o Parlamento sueco recusa frontalmente a base jurídica do art. 325.º, considerando que existe um verdadeiro erro nessa escolha. Ou se está somente em causa a defesa da melhor interpretação daquele preceito, conjugando-o com a disposição que legitima a acção da União em matéria penal (o art. 83.º) na perspectiva da adopção de *regras mínimas*.

Centrando a sua atenção no critério do estabelecimento de *regras mínimas*, o Parlamento sueco “questiona o enquadramento legal da proposta e considera que há razão para assegurar que a competência da UE para adoptar legislação em matéria penal seja exercida em conformidade com o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE”. Reconhecendo que o art. 83.º, n.º 2, é mais restritivo do que o art. 325.º do TFUE, o Parlamento sueco

reforço dos regimes nacionais existentes *podem ajudar significativamente a prevenir* o risco de um funcionamento inadequado dos mercados financeiros e apoiar o desenvolvimento de regras uniformes no mercado interno. Por conseguinte, se não forem tomadas medidas ao nível da UE, *é provável* que os problemas expostos continuem sem uma resposta coordenada e se reproduzam no futuro” (destaques nossos).

⁵³⁶ Finalmente, o parecer dedica-se à análise do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege certa*), identificada como princípio previsto na Lei Fundamental alemã, no art. 7.º da CEDH e no art. 49.º da CDFUE. Neste ponto, está em causa uma análise substantiva das incriminações desenhadas na proposta de directiva, análise dificilmente enquadrável nos testes da subsidiariedade (mas enquadrável no diálogo político): aponta-se a insegurança e incerteza jurídicas geradas pela proposta, considerando a dificuldade de determinar os elementos constitutivos do tipo. O parecer dedica ainda a atenção a duas questões adicionais: i) suscitam-se dúvidas quanto à “expansão da criminalização”, em especial tendo em conta a criminalização da condutas dos *secondary insiders* (interpela-se a Comissão para enunciar as razões que justificam a *necessidade* de prever sanções penais para a conduta desses *secondary insiders*); ii) e suscita-se a dificuldade de interpretação do conceito central de “informação privilegiada”, apelando-se para a necessidade de acomodar a interpretação do TJ.

⁵³⁷ Cfr. quanto à questão, Parte I, 2.º Capítulo.

parece considerar que qualquer medida penal, mesmo que fundada nesta última base jurídica, deve em todo o caso seguir o critério das *regras mínimas* previsto no primeiro preceito.

Num segundo momento do parecer, o Parlamento sueco procede a um exame da medida à luz da proporcionalidade “*competencial*”. Já na introdução ao parecer afirmara a legitimidade da análise no âmbito do controlo da subsidiariedade: “[a]s palavras ‘apenas se e na medida em que’ [do art. 5.º, n.º 3, do TUE] podem significar que o exame da subsidiariedade também inclui um critério de proporcionalidade, e que, por conseguinte, as medidas propostas não devem exceder o necessário para atingir os objectivos visados”; “[d]eve, portanto, ser plenamente possível que um parlamento nacional promova um teste de proporcionalidade como parte da sua análise do princípio da subsidiariedade”.

Assim, o Parlamento sueco considera que a proposta, sendo “*so far-reaching*”, viola em alguns dos seus pontos o princípio da subsidiariedade, indo além do necessário para alcançar o objectivo da acção considerada. O Parlamento sueco considera que esse excesso de acção se verifica em relação aos arts. 8.º (penas de prisão mínimas) e 12.º (prescrição).

Na opinião desta *RO*, em relação ao art. 8.º, não há suficientes razões que legitimem a directiva harmonizadora a associar a *penas de prisão* certos critérios quantitativos de “vantagens” ou “prejuízos” (100 000 euros e 30 000 euros). Aos EM deve ser deixada liberdade de determinar o que entendem por “sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas”, uma vez que tal é suficiente para proteger os interesses financeiros da União, ao mesmo tempo que deixa aos EM maior margem de adaptação, protegendo a sua autonomia decisória. No mesmo sentido, considera que não existem suficientes razões que legitimem o pormenorizado regime que vem definido quanto à prescrição, em especial no referente à sua interrupção e aos prazos para a execução de sanção imposta na sequência de uma condenação definitiva: “[o] valor acrescentado de estabelecer medidas tão extensivas e detalhadas será presumivelmente limitado, ao mesmo tempo que torna mais difícil aos Estados-Membros adaptarem as disposições de uma forma que seja conforme com os respectivos sistemas legais”.

Em suma, e identificando o objectivo da acção com a *prevenção e o combate da criminalidade lesiva dos interesses financeiros da União*, o Parlamento sueco considera que tal objectivo poderia ser alcançado “*by means of less far-reaching provisions*”, sublinhando o valor da autonomia dos EM.

6. As *reasoned opinions* dirigidas à “proposta de directiva droga”

6.1. As RO da *UK House of Commons* e da *UK House of Lords*

A “proposta de directiva droga” visa no essencial alterar a DQ 2004/757/JAI, por forma a integrar na definição de droga, para efeitos da criminalização associada ao seu tráfico ilícito, além das substâncias abrangidas pelas Convenções das Nações Unidas, *novas substâncias psicoactivas*. Substâncias essas que apresentem graves riscos de saúde, sociais e de segurança, e que devam ser por isso sujeitas pela União a restrições permanentes de comercialização (no quadro das normas previstas num regulamento baseado no art. 114.º do TFUE e integrado no mesmo “pacote legislativo”).

Esta “proposta de directiva droga”, bem como o regulamento “de mercado” que lhe está associado, foram objecto de RO pelo *UK House of Commons* e pelo *UK House of Lords*.

A *House of Commons* considera que ambas as propostas (regulamento “de mercado” e directiva penal) não são compatíveis com o princípio da subsidiariedade, invocando uma razão procedimental e outra substantiva.

Relativamente à questão procedimental, aquela Câmara destaca o disposto no art. 5.º do Protocolo, nos termos do qual “[t]odos os projectos de actos legislativos devem incluir uma ficha com elementos circunstanciados que permitam apreciar a observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”. Assim, considera que esse “*detailed statement*” deve estar contido na exposição de motivos do projecto legislativo, a qual faz parte integrante do mesmo e é traduzida para todas as línguas oficiais; o que contrasta com a designada avaliação de impacto, que, sendo um documento autónomo, não apresenta aquelas características. Mais evidencia que, existindo nos Tratados uma presunção favorável à acção dos EM, um afastamento dessa presunção deve ser justificado com detalha e clareza, por forma a que todos os cidadãos e os seus representantes eleitos possam compreender as razões qualitativas e quantitativas que consubstanciam o juízo da mais-valia da acção ao nível da União.

Nos termos expostos, e considerando (apenas) a exposição de motivos dos projectos legislativos em causa, a *House of Commons* considera que a Comissão não

disponibiliza suficiente concretização quantitativa e qualitativa, acessível a todos os cidadãos, sobre a necessidade de acção ao nível europeu.

Do ponto de vista substantivo, e aqui já considerando a referida avaliação de impacto, a *House of Commons* destaca as incertezas quanto aos números do comércio das novas substâncias psicoactivas (a própria Comissão reconheceu, conforme se alega no parecer, não existir informação de mercado detalhada). Por outro lado, a referida Câmara considera existirem boas razões para as diferentes abordagens nacionais: “[a]s normas nacionais divergentes, enunciadas pela Comissão como um obstáculo ao comércio legítimo, reflectem muitas vezes, na nossa perspectiva, atitudes culturais e sociais divergentes relativamente à regulação das drogas e das substâncias psicoactivas, e constituem um elemento importante das estratégias nacionais de gestão e controlo do consumo de drogas”.

Ora, na opinião da *House of Commons*, não está suficientemente demonstrada a razão para a perda de autonomia dos EM na regulação do mercado das substâncias em questão, designadamente no que se refere à definição de estratégias próprias que tenham em conta certas especificidades locais e uma compreensão própria sobre os riscos associados.

Visto de uma certa perspectiva, o argumento da *House of Commons*, apesar de centrado no teste da subsidiariedade (suficiência dos EM), poderia considerar-se não ter tanto que ver com a subsidiariedade em *contexto penal*: a preocupação central prender-se-ia com o problema da regulação do mercado e com as inerentes proibições (e permissões) de comercialização. No entanto, na medida em que a *directiva penal* obriga a integrar no conceito de “droga”, para efeitos da criminalização do seu tráfico, as substâncias objecto de restrição comercial ao nível da União, as propostas são interdependentes. A questão “comercial” (de mercado) tem implicações na questão penal. Ora, o argumento central da pronúncia é o de que devem ser os EM a regular/proibir/criminalizar o comércio dessas substâncias, rejeitando-se a opção uniformizada da União.

Mais cumpre destacar que o teste que vem desenvolvido é efectivamente um teste centrado nos critérios da subsidiariedade – (in)suficiência e eficácia –, sendo também interessante o facto de a *RO* assentar o controlo da subsidiariedade na observância do requisito *procedimental* e do requisito *substancial*.

Os argumentos da *House of Lords* são semelhantes, mas concentram-se no argumento *substancial*. Esta Câmara, ainda que destacando a mais-valia de uma certa

acção da União, essencialmente ao nível da troca de informações e da acção da Europol e da European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, considera que os EM não devem ser privados da sua capacidade de decidir sobre a acção adequada a desenvolver, nas suas jurisdições, relativamente às novas substâncias.

O argumento é, mais uma vez, um verdadeiro argumento de subsidiariedade, já que a tónica é colocada na suficiência da acção dos EM (“*best placed*”) e na inexistência de mais-valia da acção centralizada⁵³⁸.

A *House of Lords* ainda desenvolve um outro argumento, centrado na proporcionalidade “*competencial*”: na medida em que não existem números fidedignos relativos ao comércio dessas substâncias, tal como a Comissão reconhece, então é possível concluir-se que “o comércio legal de substâncias psicoactivas não é suficientemente significativo para justificar a acção proposta pela Comissão, que constitui, assim, uma resposta desproporcionada”. E isto tanto mais quanto certas medidas alternativas, como a troca de informações, poderiam ser suficientes para resolver os problemas de cooperação identificados.

6.2. Nota sobre o contributo da *Eerste Kamer* holandesa

O contributo da *Eerste Kamer* holandesa merece referência, apesar de não se tratar de uma *RO*, mas sim de um caso de diálogo político. Todavia, o contributo é interessante, uma vez que indaga sobre as verdadeiras opções de política criminal da União subjacentes à “proposta de directiva droga” – porquê criminalizar?⁵³⁹. Se o contributo do Reino Unido se centrava mais directamente no problema de regulação de mercado (apesar da relação directa com o problema da criminalização), a *Eerste Kamer* parece preocupar-se, não tanto com o problema de mercado, mas essencialmente com o problema do recurso ao direito penal.

⁵³⁸ Com efeito, também para a *House of Lords*, “[t]he proliferation of new psychoactive substances is influenced by regional, national, and international forces, and these manifest themselves differently in different Member States depending on the speed at which the substances become available and the severity of their impact on public health”. Mais: “Member States have different systems for dealing with harmful drugs in general and for addressing new psychoactive substances, and require flexibility to respond to local situations” – “[i]t is therefore Member States which are best placed to decide how to respond to the proliferation of these substances in a manner that best fits the circumstances in their jurisdictions”.

⁵³⁹ Apesar de no *website* do IPEX constar a carta holandesa traduzida para inglês, a resposta que foi remetida pela Comissão não foi traduzida. E mesmo no *website* da Comissão, donde constam normalmente as peças dos diálogos políticos com os PN traduzidos para inglês, não consta tal tradução do documento de resposta.

A *Eerste Kamer* começa por considerar que a Comissão justifica a criminalização do tráfico destas novas substâncias por razões que se prendem com o bom funcionamento do mercado interno, dada a existência de distorções de mercado originadas pelas diferentes abordagens nacionais. Nessa medida, pergunta: “[e]m que medida a criminalização apoia o objectivo da legislação, ou seja, promover o funcionamento do mercado? Isto significa também (...) que, em última instância, os Estados-Membros já não podem decidir, por si próprios, sobre a criminalização?”.

Seguidamente, e considerando que caberá à União, nos termos da proposta, decidir sobre o risco de cada nova substância (proibindo-a e assim obrigando à criminalização do seu comércio), aquela Câmara questiona: i) “[e]m que casos considerará a Comissão a situação suficientemente grave para justificar a intervenção? Será esse o caso quando uma substância represente um risco num único Estado-Membro ou apenas quando haja sinais disso em vários Estados-Membros? Os membros do partido parlamentar SP [*Socialistische Partij*] questionam se uma substância pode também ser proibida ao nível da UE como medida de precaução por se entender que comporta um risco para a saúde”.

Finalmente, a *Eerste Kamer* coloca uma questão que verdadeiramente está no cerne da opção criminalizadora subjacente à medida:

“As *NPS* [*New psychoactive substances*] são usadas para muitos propósitos. Apesar de as *NPS* poderem ser prejudiciais para a saúde, os membros do partido parlamentar *SP* consideram que isso não constitui fundamento para a criminalização. A política em matéria de drogas nos Estados-Membros europeus é extremamente variada. A intervenção neste mercado para melhor o seu funcionamento é apenas uma parte pequena da regulação. A Comissão considera esta medida proporcional? E pode a Comissão dar exemplos de disrupções graves e em larga escala no funcionamento do mercado?”.

Apesar de não vir apresentada como uma verdadeira objecção, mas como a enunciação de uma questão, parece-nos que o que está em causa é questionar o legislador europeu sobre o *fundamento* criminalizador subjacente à medida. Trata-se, tendo em conta as *RO* e alguns dos contributos apreciados, de uma pergunta surpreendentemente original.

7. Reflexão sobre as *RO* no domínio do direito penal substantivo

As *RO* analisadas possibilitam algumas conclusões provisórias sobre o modo como os PN vêm exercendo o controlo da subsidiariedade relativamente às medidas harmonizadoras de natureza penal.

A primeira conclusão é a de que os PN não enunciam frequentes objecções de subsidiariedade (ou de proporcionalidade) no referido âmbito *penal*. Desde logo, apenas quatro das nove propostas de directiva analisadas são objecto de pareceres concluindo pela inobservância do princípio, sendo que uma dessas quatro propostas, a “proposta de directiva legislação aduaneira”, não constitui sequer caso inequívoco de medida harmonizadora do direito penal substantivo (não impõe necessariamente a criminalização das condutas em causa).

Por outro lado, não deixa de ser notório que as relevantes propostas de directiva “tráfico de seres humanos”, “crianças”, “sistemas de informação”, “contrafacção de moeda” e “terrorismo” (esta última sem avaliação de impacto) não tenham sido objecto de qualquer *RO*.

Uma justificação plausível pode encontrar-se na circunstância de, como referido no Capítulo 1.º da Parte I, estarem em causa, nesses cinco casos, propostas actualizadoras de DQ anteriores (“*lisbonisation*”)⁵⁴⁰. No entanto, algumas das novas medidas são mais intrusivas do ponto de vista da autonomia dos EM em matéria penal, pelo que podiam, ainda assim, ter suscitado algumas objecções de subsidiariedade ou de proporcionalidade “*competencial*”⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ O *Bundesrat* austríaco, assinalando ser a “proposta de directiva tráfico” compatível com a subsidiariedade, apresenta vários fundamentos para essa conclusão, entre os quais a circunstância de ser consistente com a DQ antecedente.

⁵⁴¹ Cfr., a título de exemplo, as análises comparativas contidas no parecer do *Senato* italiano à “proposta de directiva terrorismo”, no parecer das *Cortes Generales* espanholas à “proposta de directiva sistemas de informação” e ainda no parecer da *Chambre des représentants* belga à “proposta de directiva crianças”. Sobre a questão de saber se o legislador comunitário pode modificar ou adaptar regras harmonizadoras já aprovadas, mas desde a óptica do art. 95.º do TCE, cfr. as Conclusões do AG M. Poiares Maduro apresentadas em 1.10.2009 no Processo C-58/08, em especial § 10 e ss.: “a medida alterada tem de continuar a prosseguir os objectivos” (§ 13); “essa determinação exige que o Tribunal coloque a alteração no contexto da legislação geral, de modo a avaliar se se pode continuar a considerar que essa legislação (na versão resultante da alteração) aprofunda a integração do mercado e, consequentemente, cumpre os requisitos para a aplicação do artigo 95.º CE” (§ 14).

A leitura de alguns dos contributos a essas cinco propostas permite formular algumas conclusões⁵⁴². Por um lado, regra geral, os contributos, considerando as propostas conformes com a subsidiariedade, manifestam expresso apoio às mesmas reiterando os fundamentos apresentados pela Comissão e a mais-valia da acção *harmonizadora*, em regra por invocação dos riscos de *forum shopping*. Alguns PN manifestam mesmo apoio a um aprofundamento da acção da União (“mais União”): por exemplo na “proposta de directiva crianças”, o *Senato* italiano considera conveniente que a directiva defina, para além de um limite mínimo da pena (de prisão) máxima, também um limite mínimo para a pena mínima, e ainda que integre um alargamento das bases de jurisdição, e mais que determine a medida de agravamento da pena em caso de verificação de uma circunstância agravante⁵⁴³.

Também é relevante referir, ainda que não exclusivamente numa perspectiva de subsidiariedade, mas quanto às considerações de política criminal veiculadas pelos PN, que apenas a *Državni zbor* eslovena se refere, no caso no âmbito da “proposta de directiva terrorismo”, ao princípio da *ultima ratio* do direito penal. Todavia, assinala que envidará esforços para cumprir internamente esse princípio, ou seja, não suscita o problema da vinculação da União e da orientação da respectiva política criminal. A *Camera dei deputati* italiana refere uma preocupação com o potencial de criminalização expansiva contido no art. 2.º da “proposta de directiva tráfico” (“crimes relativos ao tráfico de seres humanos”), mas apenas recomendando uma maior definição dos elementos do tipo.

Ainda notório é o caso da “proposta de directiva terrorismo”, relativamente à qual a Comissão, considerando a urgência da matéria, dispensou a avaliação de

⁵⁴² Analisámos os seguintes contributos: i) “proposta de directiva tráfico de seres humanos”: contributos provenientes de *Nationalrat* austríaco, *Bundesrat* austríaco, *Sénat* belga, *Chambre des représentants* belga, *Cortes Generales* espanholas, *Senato* italiano, *Camera dei deputati* italiana; ii) “proposta de directiva crianças”: contributos provenientes de *Nationalrat* austríaco, *Bundesrat* austríaco, *Sénat* belga, *Chambre des représentants* belga, *Cortes Generales* espanholas, *Senato* italiano, *Camera dei deputati* italiana; iii) “proposta de directiva sistemas de informação”: contributos provenientes de *Chambre des représentants* belga, *Cortes Generales* espanholas, *Senato* italiano, *Camera dei deputati* italiana; iv) “proposta de directiva contrafacção de moeda”: contributos provenientes de *Chambre des représentants* belga, *Cortes Generales* espanholas, *Sénat* checo, *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa; v) “proposta de directiva terrorismo”: contributos provenientes de *Bundesrat* austríaco, *Sénat* checo, *House of Representatives* cipriota, *Državni zbor* eslovena, *Senato* italiano, *Senat* romeno, *Camera Deputatilor* romena. Analisámos também, quanto a todas as propostas, os contributos do Parlamento português.

⁵⁴³ Outros exemplos semelhantes podem encontrar-se no contributo à “proposta de directiva terrorismo” do *Bundesrat* austríaco, que reclama um programa adequado de protecção de testemunhas, bem como a consideração do tema do roubo de bens culturais enquanto importante fonte de financiamento do terrorismo. Em sentido paralelo, também quanto à mesma proposta, o *Senato* italiano (obs.: o *Senato* italiano propõe inclusivamente a extensão da competência material da Procuradoria aos crimes de terrorismo). A *Camera dei deputati* italiana, no caso da “proposta de directiva tráfico”, manifesta preferência pelo estabelecimento de um *limite mínimo da pena mínima*.

impacto⁵⁴⁴. Ora, dos contributos parlamentares analisados quanto a esta proposta, apenas o Parlamento cipriota suscitou reservas à opção da Comissão. Todavia, apesar da argumentação aprofundada que apresenta quanto à dimensão procedimental da subsidiariedade, aquele Parlamento entende não ser de apresentar *RO* fundada nesse ponto crítico; limita-se a manifestar uma exigência algo lacónica quanto à necessidade de proteger os direitos fundamentais e limitar ao máximo o alcance das incriminações, por forma a evitar uma “*further criminalization of the life of EU citizens*”.

Voltando às *RO* analisadas, é também relevante notar que, exceptuando o caso da “proposta de directiva droga”, os pareceres dos PN que concluem pela violação do princípio analisam sempre casos fundados em bases jurídicas diversas daquela que pode ser identificada como a *base jurídica própria do direito penal europeu* (art. 83.º, n.º 1, do TFUE), ou seja, casos de certa forma especiais. Com efeito, a “proposta de directiva legislação aduaneira” está assente no art. 33.º do TFUE, a “proposta de directiva abuso de mercado” no art. 83.º, n.º 2, do TFUE (competência anexa) e a “proposta de directiva PIF” no art. 325.º do TFUE; e mesmo a “proposta de directiva droga”, embora fundada no art. 83.º, n.º 1, do TFUE, tem a especialidade de vir associado a um regulamento “de mercado” baseado no art. 114.º do TFUE. Nessa medida, em quase todos os casos são suscitados problemas derivados precisamente da questão *competencial* inerente à base jurídica legitimadora da proposta, por vezes forçadamente apresentadas enquanto questões de subsidiariedade.

É interessante notar que as *RO* não se centram sempre em argumentos directamente relacionados com objecções de subsidiariedade, pelo menos no seu sentido mais estrito. Não se pretende afirmar que as *RO* sejam inoportunas ou devam ser desconsideradas por serem alheias ao objecto do mecanismo de controlo. Efectivamente, em quase todos os casos analisados são suscitados problemas próprios da subsidiariedade (nem sempre muito aprofundada ou convincentemente), mas em vários dos casos em associação com outras questões (como a da base jurídica ou a da proporcionalidade “*competencial*”)⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Consta da exposição de motivos da proposta: “[d]ada a necessidade urgente de melhorar o quadro da UE com vista a reforçar a segurança, atendendo aos recentes ataques terroristas, nomeadamente através da integração de obrigações e normas internacionais, a presente proposta é apresentada excepcionalmente sem uma avaliação de impacto”.

⁵⁴⁵ Ver, para uma abordagem mais global, P. KIIVER, “The conduct of...”. Para o Autor, sobre a questão da base jurídica/competência, os casos em que não exista competência para actuar nunca podem justificar um parecer de subsidiariedade positivo; assim, considera que a falta de competência constitui fundamento legítimo para a emissão de uma *RO*.

O *método* com que os PN discutem as questões também diverge. Relativamente à discussão sobre a base jurídica, por exemplo, há Parlamentos que suscitam o problema da base jurídica associado a complementares e autónomas objecções de subsidiariedade (ex.: Parlamento sueco na “proposta de directiva legislação aduaneira”), mas outros Parlamento destacam a interdependência entre os temas da base jurídica e da subsidiariedade por forma a legitimar a emissão de *RO por via* do argumento da competência (ex.: o Parlamento lituano na “proposta de directiva legislação aduaneira” e o *Bundesrat* alemão na “proposta de directiva abuso de mercado”). Verificam-se mesmo casos em que duas opiniões semelhantes sobre o tema da base jurídica geram posicionamentos diversos: uma *RO*, por um lado, e um mero contributo, por outro (que não integra o computo para efeitos do “cartão amarelo”, tendo um tratamento diverso e um impacto menor).

A este propósito, relativamente à “proposta de directiva legislação aduaneira”, podem comparar-se as *RO* sueca e lituana *supra* analisadas com um mero contributo apresentado pela *Chambre des représentants* belga. A *Chambre des représentants* belga suscita dúvidas sobre a base jurídica em sentido semelhante ao das referidas *RO*. Todavia, não relaciona competência/base jurídica e subsidiariedade de modo a incluir a primeira no controlo de observância da segunda.

É também interessante notar que as questões próprias da proporcionalidade são também enunciadas de *modo* nem sempre uniforme.

Por um lado, alguns PN preocupam-se com as questões da proporcionalidade “*competencial*”, que associam directamente ao controlo da subsidiariedade (na perspectiva de que a subsidiariedade integra sempre um elemento de proporcionalidade – “se e na medida em que”). É o caso do Parlamento dinamarquês quanto à “proposta de directiva legislação aduaneira” e do Parlamento sueco quanto à “proposta de directiva PIF”, sendo que este último até justifica de forma aprofundada a associação entre subsidiariedade e proporcionalidade “*competencial*”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Lê-se a este propósito, no *Twenty-fourth Bi-annual Report* da COSAC, de 4.11.2015, p. 20, o seguinte: “[t]he Swedish Riksdag stressed that the examination of subsidiarity also included a proportionality criterion. It stated that there was a certain amount of support in literature and in EU Court of Justice case-law to justify that a certain degree of proportionality assessment could be regarded as being included within the framework of subsidiarity checks. The wording in the Treaty ‘the Union shall act only if and in so far as’ meant that the examination of subsidiarity also included a proportionality criterion, and that the proposed measures may consequently not go beyond what was necessary to achieve the desired objectives of the measures”. No mesmo sentido, p. 21, “[t]he German Bundesrat mentioned it

Outros Parlamentos não deixam também de invocar problemas de proporcionalidade substancial da medida em causa, apontando por exemplo questões que derivam do conflito com direitos fundamentais dos visados (é o caso da *RO* do parlamento lituano na “proposta de directiva legislação aduaneira”). Nenhum Parlamento procura identificar este tipo de objecções de proporcionalidade com o controlo da subsidiariedade, ou seja, parece-nos que essas objecções são incluídas na perspectiva do (mero) diálogo político. Mas nem por isso deixam de ser pertinentes e oportunas, na perspectiva desse diálogo, especialmente se considerarmos o potencial de conflito das propostas com os direitos fundamentais. Na verdade, até surpreende que os Parlamentos não suscitem tais questões mais frequentemente.

Mas mesmo quando os PN suscitam questões de proporcionalidade tão-só “*competencial*”, nem sempre identificam essas objecções com objecções de subsidiariedade, por forma a assim justificar a emissão de uma *RO*.

A este propósito, poderão comparar-se, no âmbito da “proposta de directiva PIF”, a *RO* do Parlamento sueco e o mero contributo do *Sénat* checo. As suas concretas objecções são muito semelhantes em termos do argumento de proporcionalidade. Está em causa, no essencial, a invocação da desnecessidade dos regimes detalhados da proposta em matéria de sanções (bastaria a consideração de sanções “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”) e em matéria de prescrição. No entanto, o *Sénat* checo, contrariamente ao seu homólogo sueco, não relaciona directamente proporcionalidade e subsidiariedade por forma a integrar a primeira no âmbito do controlo da segunda.

Do ponto de vista do requisito procedimental da subsidiariedade, apenas a *House of Commons*, no caso da “proposta de directiva droga”, aborda o problema das exigências de fundamentação próprias da subsidiariedade de forma mais aprofundada, inclusivamente objectando à não integração, na exposição de motivos traduzida para todas as línguas oficiais, dos fundamentos quantitativos e qualitativos que justificam a proposta⁵⁴⁷.

was following a non-binding recommendation, which described the preconditions for submitting a RO on non-compliance with the principle of subsidiarity. This also applied to scrutiny of proportionality, which, in the German Bundesrat's view, could also be examined within the framework of the subsidiarity check”.

⁵⁴⁷ Todavia, o TJ já tem considerado, na apreciação da subsidiariedade, o conteúdo das análises de impacto: “há que observar que a proposta de Directiva 2014/40 [“tabaco”] apresentada pela Comissão, bem como a análise de impacto por ela efetuada, contêm suficientes elementos que revelam de forma clara e inequívoca as vantagens ligadas a uma acção a nível da União em vez de a nível dos Estados-Membros”. Cfr. o AcTJ, 4.5.2016, *Polónia/Parlamento e Conselho* (C-358/14), § 123.

Outro caso a merecer referência é o da pronúncia do Parlamento sueco relativamente à “proposta de directiva legislação aduaneira”, referindo a falta de demonstrações da *necessidade* da acção empreendida pela União à luz da base jurídica escolhida e do objectivo nela assinalado (no mesmo sentido, a *RO* do Parlamento lituano sobre a mesma proposta); mas sem que fique claro se a argumentação não pode corresponder-se com o dever geral de fundamentação previsto no art. 296.º do TFUE.

O *Bundesrat* alemão, relativamente à “proposta de directiva abuso de mercado”, aponta as insuficiências da fundamentação apresentada pela Comissão, mas em concreto assinalando as *especiais exigências de fundamentação* das propostas fundadas no âmbito específico da designada competência anexa (à luz de uma interpretação restritiva dessa competência). Este parecer é importante na medida da recusa do argumento circular, bem como da recusa de valor argumentativo às “[m]ere formulaic, blanket references” que enunciam a diversidade dos direitos penais e os riscos de *forum shopping*.

Nem todas as *RO* analisadas parecem pressupor um controlo da subsidiariedade mais exigente pelo facto de estar em causa uma medida de natureza penal. Ou seja, nem sempre a *especialidade* do direito penal é posta em evidência nas *RO*. A leitura dos pareceres não nos possibilita a enunciação de teses gerais sobre o controlo da subsidiariedade em contexto penal. Nessa medida, parece-nos sair lograda a expectativa, enunciada *supra*, de que os pareceres pudessem ajudar a desenvolver e definir os termos da “subsidiariedade em contexto”, *maxime* em contexto penal.

Diríamos que a referida especialidade do direito penal talvez ressalte com maior evidência nos pareceres alemães relativos à “proposta de directiva abuso de mercado”, na medida em que, através da associação entre direito penal e soberania, se procura validar uma interpretação mais restritiva das competências penais da União. Com efeito, esses pareceres são importantes porque pressupõem um *plus* de exigência quanto à fundamentação das propostas penais fundadas no contexto da designada competência anexa. Precisamente devido à interpretação mais restritiva das competências, vem exigido um maior grau de profundidade na apresentação das razões subjacentes à acção da União.

Mais relevantemente, tais pareceres rejeitam frontalmente qualquer argumento circular ou auto-justificativo quanto à fundamentação das propostas harmonizadoras em matéria penal. No entanto, fazem-no no âmbito da referida competência anexa, não

sendo possível concluir definitivamente se nas pronúncias vai implícita idêntica conclusão para os casos da competência enquadrada pelo art. 83.º, n.º 1.

Sobre o argumento circular, é relevante notar que o Parlamento português, nos vários contributos que dirigiu às medidas harmonizadoras em matéria penal, frequentemente valida o entendimento segundo o qual o objectivo da acção é em qualquer caso o de harmonizar as leis penais, pelo que, havendo uma desarmonia legislativa, apenas a União pode aprovar essa legislação centralizada (a harmonização justificar-se-ia por si mesma). Mas é interessante notar que o mesmo Parlamento, perante outras propostas harmonizadoras, veio pôr em causa precisamente esse parâmetro que prontamente valida nos casos de harmonização penal.

Com efeito, no que se refere à *RO* atinente à Proposta de Directiva relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e produtos afins, o Parlamento português invoca não estar claramente demonstrado que a acção da União “efectivamente adicion[e] valor e produz[a] benefícios que não possam ser alcançados ao nível local”, sendo o ênfase colocado na falta de demonstração de razões dessa mais-valia. Mais se refere que “a delegação de competências efectivada [obs.: expressão porventura duvidosa] incide sobre matérias essenciais da competência dos EM, e é efectuada de forma imprecisa e pouco determinada no que concerne aos objectivos a atingir pela Comissão Europeia”.

Também na pronúncia relativa à Proposta de Decisão relativa à criação de um mecanismo de intercâmbio de informações sobre acordos intergovernamentais e instrumentos não vinculativos entre EM e países terceiros no domínio da energia, a *RO* do Parlamento português assinala, entre o mais, que a Comissão “não demonstra aprofundadamente os *impactos negativos concretos* para o funcionamento do mercado comum nem para o quadro securitário em matéria de energia” (destaque nosso).

Ora, se o Parlamento português validasse também nestes casos o argumento circular, bastar-se-ia com a invocação da desarmonia legislativa, nada havendo que exigir quanto à demonstração dos respectivos *impactos*.

Por outro lado, ainda sobre o argumento circular, é de notar que a Comissão, em duas das cartas de resposta que dirigiu aos PN subscritores de *RO* ou de contributos mais críticos, fez ressaltar essa linha de fundamentação. Assim ocorreu nas cartas que dirigiu aos Parlamentos dinamarquês e sueco no caso da “proposta de directiva

legislação aduaneira”⁵⁴⁸ e na carta que dirigiu ao Parlamento sueco no caso da “proposta de directiva PIF”⁵⁴⁹. Neste último caso, a título de exemplo, declarou: “a Comissão observa que apenas a União está em posição de desenvolver condições equitativas [*“a level playing field”*] através de legislação vinculativa com efeitos em todos os Estados-Membros e, assim, de criar um quadro jurídico que possa contribuir para superar a debilidade da situação actual”.

É ainda interessante notar que não encontramos com frequência nas opiniões dos PN, como seria porventura de esperar, verdadeiras questões que se fundem no pressuposto da *necessidade* da medida à luz do *objectivo* que deve ser central em qualquer projecto legislativo de natureza penal: a protecção de bens jurídicos através do direito penal, entendido como *ultima ratio*.

É certo que não deixa de existir reminiscência desse entendimento: no caso da “proposta de directiva abuso de mercado”, o contributo intempestivo do *Bundestag* ressalta a *ultima ratio* do direito penal, exigindo uma especial justificação para não terem sido contempladas *outras* medidas. Mais remotamente, a *House of Lords*, no caso da “proposta de directiva droga”, sublinha o facto de não estar suficientemente demonstrada a razão para a perda de autonomia dos EM na regulação do mercado das substâncias psicoactivas em questão, designadamente no que se refere à definição de estratégias próprias que tenham em conta certas especificidades locais e uma compreensão própria sobre os riscos associados (é verdade que a *House of Lords* parece mais directamente centrada no problema de regulação do mercado, mas a questão da criminalização está-lhe associada).

É todavia no (mero) contributo da *Eerste Kamer* holandesa, também sobre a “proposta de directiva droga”, que vamos encontrar verdadeiras questões sobre a *legitimidade da criminalização* associada à proposta sob escrutínio. Poderá questionar-se se essas questões podem (devem) integrar os testes da subsidiariedade.

Em nossa opinião, tais questões não só podem (devem) ser expressas pelo menos no contexto do diálogo político, como a sua invocação pode considerar-se *conforme com o espírito do sistema* do controlo da subsidiariedade pelos PN, na lógica do reforço democrático de todo o processo decisório. Com efeito, a primeira questão convocada pela subsidiariedade é desde logo a da *necessidade* da acção considerada à

⁵⁴⁸ Com as referências C(2014) 7078 final – 2.10.2014; e C(2014) 7077 final – 02 X 2014.

⁵⁴⁹ Com a referência C(2013) 4517 final – 17.7.2013.

luz do *objectivo* que lhe deve presidir (cfr., em concreto sobre o problema do *fim*, a reflexão crítica do 4.º Capítulo).

8. Nota sobre o caso da “proposta de Regulamento Procuradoria Europeia”

A Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia⁵⁵⁰ foi objecto do único – até ao momento – “cartão amarelo” dirigido a propostas que relevam do Capítulo 4 do Título V do TFUE. Com efeito, a referida proposta foi alvo de treze *RO* dos PN⁵⁵¹, representando dezoito votos num total de cinquenta e seis, o suficiente para, nos termos do art. 7.º, n.º 2, do Protocolo, desencadear a reanálise. A Comissão procedeu à reanálise da proposta, sintetizando as objecções e procurando dar-lhes resposta, mas decidiu mantê-la sem alterações⁵⁵².

Apesar de alguns PN, em algumas das críticas que apresentam, se desviarem dos argumentos da subsidiariedade⁵⁵³, há que reconhecer que também suscitam questões que relevam efectivamente da aplicação do princípio em análise (nuns casos mais desenvolvidamente, noutros menos).

Da leitura das várias pronúncias parece-nos ser de concluir que está em causa a invocação de três grandes argumentos de subsidiariedade: i) que a Comissão não

⁵⁵⁰ COM (2013) 534 final – 17.7.2013.

⁵⁵¹ A saber: *Sénat* checo; *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa; *Tweede Kamer der Staten-Generaal* holandesa; *House of Representatives* cipriota; *House of Commons* britânica; *House of Lords* britânica; *Országgyűlés* húngaro; *Riksdag* sueco; *Houses of the Oireachtas* irlandesas; *Camera Deputatilor* romena; *Državni zbor* eslovena; *Sénat* francês; *Parlament ta' Malta* (cfr. as tabelas constantes do documento do Conselho da União Europeia n.º 16624/13 – 28.11.2012). Não nos foi possível consultar o parecer do Parlamento de Malta, por não estar disponível em inglês em nenhuma das bases de dados (IPEX e Comissão). Para informação mais pormenorizada, COM (2014) 506 final – 5.8.2014, em especial p. 8 e ss.

⁵⁵² Cfr. COM (2013) 851 final – 27.11.2013. Uma análise detalhada sobre os pareceres dos PN e a resposta da Comissão pode ser encontrada em I. WIECZOREK, “The EPPO Draft...”. Na sua opinião, a Comissão não levou a sério os argumentos suscitados pelos PN, tendo utilizado o mecanismo de controlo da subsidiariedade como “*political thermometer*”.

⁵⁵³ Alguns PN suscitam problemas que se prendem com determinadas opções da proposta, cujo conteúdo não lhes merece preferência. Por outro lado, alguns PN não deixam de invocar certos argumentos de soberania: as *Houses of the Oireachtas* irlandesas declaram que o direito penal integra uma competência essencialmente nacional e que a investigação e a prossecução penal são um dever essencialmente das autoridades nacionais; o *Országgyűlés* húngaro invoca que o modelo supranacional da Procuradoria limitaria de forma desproporcionada a *existente soberania* dos EM em matéria penal; também a *Tweede Kamer* holandesa considera que a investigação, prossecução e julgamento são essencialmente competências nacionais e que transferir essas competências para a União “*would impair the sovereignty of national state*”; no mesmo sentido, a *House of Lords* britânica denota a “*disruptive incursion into the sensitive criminal law systems of the Member States*”. A nosso ver, os argumentos de soberania não surgem associados a uma qualquer crítica construtiva que tome por referência a base jurídica (no caso, o art. 86.º do TFUE) – que formalmente já legitima uma cedência da soberania neste âmbito – e que acrescente algo a partir desse pressuposto.

justifica adequadamente a proposta à luz das exigências procedimentais da subsidiariedade, sobretudo considerando as capacidades, efectivas e potenciais, dos mecanismos postos em prática; ii) que não existe uma genérica insuficiência dos EM na *luta* contra a criminalidade lesiva dos interesses financeiros da União, sobretudo quando se perspectivam as medidas nacionais articuladas com os mecanismos de semi-integração postos em prática (OLAF, Eurojust e Europol); iii) que a acção da União, através da implementação de um órgão supranacional, não tem mais-valia relativamente ao cenário existente, eventualmente reforçado.

Concretizando, do ponto de vista do requisito procedimental, alguns Parlamentos denotam a pouca qualidade e fiabilidade dos dados estatísticos (quantitativos) em que a Comissão apoia a proposta⁵⁵⁴. E isto porque a própria Comissão, na avaliação de impacto, teria reconhecido as insuficiências dessas estatísticas; e porque na informação estatística considerada para efeitos de demonstração dos “números da fraude” está contemplada informação que abrange EM que não irão participar na instituição da Procuradoria, ou está contemplada a *fraude ao IVA* cuja identificação enquanto *fraude PIF* não é pacífica. Há ainda Parlamentos que apontam a circunstância de não ser evidente a razão pela qual a Procuradoria deveria ser também competente para investigar e promover a acção penal relativamente a fraudes exclusivamente nacionais⁵⁵⁵, referindo ainda o problema de não estar dilucidado, nos “números da fraude”, o *quantum* dos casos verdadeiramente transnacionais a justificar a integração proposta⁵⁵⁶.

Do ponto de vista substancial, alguns PN alegam que a sua acção é comprovadamente *suficiente* e que o problema da insuficiência está localizado em certos EM, pelo que a acção da União não é legítima porque assenta num pressuposto,

⁵⁵⁴ Ex.: *House of Representatives* cipriota; *House of Lords* britânica; *House of Commons* britânica.

⁵⁵⁵ Ex.: *Sénat* checo; *Camera Deputatilor* romena.

⁵⁵⁶ Sobre os “números da fraude” lesiva dos interesses financeiros da União, A. KLIP, “The Substantive Criminal...”, p. 368 e ss. O Autor, apresentando alguns argumentos em sua opinião convincentes para a criação da Procuradoria, considera todavia os números apresentados pela Comissão falaciosos. Para o Autor, “*the Commission estimated that around EUR 600 million is defrauded within the Union annually to the detriment of the European Union. It is unclear how this figure has been calculated. As we deal with illegal activity it is impossible to make a reliable assessment. However, even when one would take this figure seriously, it does not seem to be a very impressive amount of money given the quantity of the annual EU budget, which is just over almost EUR 150 billion for 2013. The fraud affecting the financial interests of the EU would then not be more than 0,004% of the budget, in absolute terms certainly a lot of money, but in relative terms it raises the question of whether it does require setting up a new common European prosecutor's office*”.

não verificado, de uma *insuficiência geral*⁵⁵⁷; a União deveria empenhar-se em resolver os problemas *localizados*.

Outros Parlamentos invocam o problema da “geometria variável”, considerando que a proposta nunca poderá cumprir os seus objectivos e a acção ter verdadeira *mais-valia* porque nem todos os EM irão participar na instituição da Procuradoria; ora, se assim é, não se logrará o objectivo da uniformidade da acção penal, no contexto de uma “*single legal area*”, objectivo em que a proposta procura a sua justificação última⁵⁵⁸.

A grande maioria dos Parlamentos⁵⁵⁹ acrescenta, com relevo para a dimensão procedimental e substancial da subsidiariedade, que a Comissão não logrou demonstrar por que razão os mecanismos já existentes, assentes na articulação entre a acção dos EM e a acção de certos órgãos já em funcionamento (Eurojust, Europol e OLAF), não é *suficiente e mais eficaz* quando comparada com a criação de um órgão supranacional. Neste ponto de vista, assinalam que o “*full potencial*” da Eurojust não está aprofundado, e que esta, assim como o OLAF, podem ser reforçados. Outro aspecto que é posto em evidência é o da necessidade de aguardar os resultados da implementação da directiva PIF e do seu quadro-comum, assinalando-se a inoportunidade da conclusão antecipada sobre a frustração dos seus objectivos⁵⁶⁰.

Há ainda Parlamentos que recusam a *eficácia* da acção da Procuradoria, não só na perspectiva da “geometria variável” já assinalada, mas também por razões que se prendem (i) com as ambiguidades associadas à instituição da Procuradoria geradoras de erros procedimentais, (ii) com questões práticas como a necessidade de recorrer a traduções frequentes, (iii) com o facto de o novo órgão europeu continuar a depender da eficiência das autoridades nacionais, (iv) ou ainda com os riscos de sobreposição e conflito entre a sua intervenção e a intervenção das autoridades nacionais⁵⁶¹.

Outros Parlamentos consideram ainda, numa perspectiva mais relacionada com a proporcionalidade “*competencial*”, que a proposta da União, sendo tão “*far-reaching*”, vai além do necessário para atingir o respectivo objectivo – a protecção dos interesses financeiros da União. Assim, invocam que devem ser equacionadas medidas menos intrusivas nos sistemas jurídicos dos EM⁵⁶²; e mesmo a possibilidade de instituir a Procuradoria enquanto órgão que funcionaria como *ultimum remedium* perante a

⁵⁵⁷ Ex.: *Riksdag* sueco; *Državni zbor* eslovena.

⁵⁵⁸ Ex.: *House of Lords* britânica; *House of Commons* britânica.

⁵⁵⁹ Todos, com excepção do *Sénat* francês e do *Országgyűlés* húngaro.

⁵⁶⁰ Ex.: *House of Representatives* cipriota; *Riksdag* sueco.

⁵⁶¹ Ex.: *Sénat* checo; *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa; *House of Lords* britânica.

⁵⁶² Ex.: *Riksdag* sueco; *Državni zbor* eslovena.

identificada negligência dos EM ⁵⁶³. Alguns Parlamentos focam a alternativa, alegadamente não considerada, da prevenção do crime e da alocação de recursos a essa prevenção ⁵⁶⁴.

A Comissão procurou responder aos argumentos suscitados, não reconhecendo a validade das críticas. No essencial, reiterou as considerações que já constavam dos documentos preparatórios, reagrupando os argumentos dos Parlamentos em quatro grandes questões: i) a fundamentação relativamente à subsidiariedade; ii) o carácter alegadamente suficiente dos mecanismos existentes; iii) o valor acrescentado da proposta; iv) questões relacionadas com a estrutura da Procuradoria; iv) questões relacionadas com a natureza e o âmbito das suas competências.

Não caberá reproduzir todos os argumentos da Comissão que se dirigem a contestar as críticas dos PN – essencialmente destinados a demonstrar a *insuficiência* da acção nacional e a *eficácia/mais valia* da acção da União –, mas apenas recuperar certos pressupostos-chave com interesse mais geral.

Como pontos positivos, há que destacar que a Comissão reconhece que “os limites do princípio da subsidiariedade não são fáceis de determinar”, tendo por isso “adoptado uma atitude aberta relativamente aos pareceres fundamentados, interpretando os seus argumentos, na medida do possível, à luz do princípio da subsidiariedade”.

Como ponto negativo, aponta-se o facto já mencionado de a Comissão considerar que as exigências de fundamentação da subsidiariedade devem ser medidas à luz da doutrina do Acórdão proferido pelo TJ no âmbito do Processo n.º C-233/94, pré-Amsterdão e pré-Protocolo(s). Para a Comissão, “o Tribunal admitiu que uma fundamentação implícita e bastante limitada poderia ser suficiente para justificar o respeito do princípio da subsidiariedade”. Assim, a Comissão, mesmo em face das exigências do Tratado de Lisboa e respectivo Protocolo, basta-se com esta referência à *quase desnecessidade* de fundamentação da subsidiariedade.

Na opinião da Comissão, e remetendo para os conteúdos da exposição de motivos, da ficha financeira e da avaliação de impacto da proposta, esses elementos “explicam de forma suficiente por que motivo a acção dos Estados-Membros é insuficiente em relação ao objectivo e por que razão a acção da União permite alcançar melhor esse objectivo (por exemplo, falta de continuidade na acção repressiva e inexistência de uma política europeia comum subjacente em matéria de acção penal)”.

⁵⁶³ Ex.: Tweede Kamer der Staten-Generaal holandesa.

⁵⁶⁴ Ex.: House of Commons britânica.

Sobre este segundo exemplo, é curioso notar que o argumento não deixa de ser, de uma certa perspectiva, também ele circular: *a política europeia comum* em matéria de acção penal no domínio PIF *justifica-se pela inexistência de uma política europeia comum* em matéria de acção penal nesse domínio.

Outra questão com interesse transversal é a questão que IRENE WIECZOREK identifica através da seguinte fórmula: quantos EM “*have to ‘do it wrong’*” para justificar a acção da União⁵⁶⁵? Perante a crítica dos PN que assinalaram a suficiência e eficácia da sua acção e apelaram para a resolução dos problemas verificados localmente, a Comissão fornece uma resposta algo lacónica: “a Comissão recorda que o princípio da subsidiariedade exige uma comparação entre a eficiência da acção a nível da União e a nível dos Estados-Membros”, “[a] situação em determinados Estados-Membros não é, pois, um factor decisivo em si mesmo, desde que se possa demonstrar que a acção a nível dos Estados-Membros é, em geral, insuficiente, e que uma acção da União, em geral, permitirá alcançar melhor o objectivo perseguido”.

Mais nos parece relevante assinalar que em resposta ao argumento dos PN segundo o qual a proposta da Procuradoria deveria aguardar os resultados da aprovação e transposição da directiva PIF, a Comissão considera que, apesar de relevante, “a harmonização das definições das infracções e dos níveis de sanções não produzirá, por si só, resultados satisfatórios, se não for acompanhada e apoiada por medidas eficazes em matéria de investigação e de acção penal”.

No entanto, tal resposta é insatisfatória desde logo porque não ressalta a especialidade do domínio PIF quando comparado com qualquer outro domínio de criminalidade com dimensão transfronteiriça. Em certa medida, uma resposta como a que está em causa retira força persuasiva aos esforços de harmonização promovidos noutros domínios – existirá então mais-valia na harmonização se não for acompanhada (como não é actualmente, nem o será com a instituição de uma Procuradoria com competência material limitada) de um acção europeia ao nível da investigação e acção penal?

Finalmente, é de assinalar que a Comissão não respondeu ao argumento invocado por alguns dos Parlamentos segundo o qual a proposta não poderá cumprir os seus objectivos e a acção da União ter verdadeira *mais-valia* uma vez que nem todos os EM irão participar na instituição da Procuradoria Europeia (geometria variável).

⁵⁶⁵ I. WIECZOREK, “The EPPO Draft...”, p. 1258.

Tratava-se de um relevante argumento de subsidiariedade que não mereceu reflexão, ou sequer qualquer referência, por parte da Comissão.

Com efeito, não sendo curial exigir uma fundamentação de tal forma pormenorizada e especificada que possa assentar num encargo demasiado oneroso que vá ao ponto de fazer perigar as propostas, a verdade é que o ónus da “contraparte” não será igualmente de desconsiderar: pensamos no encargo dos EM no processo de criação e adaptação de super-estruturas sem condições necessárias para o seu eficiente funcionamento: como pode a Comissão dispensar-se de tais exigências de ponderação e fundamentação quando esteja em causa um *custo* de tal forma elevado?

3.º CAPÍTULO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO *NORMA DE CONTROLO JURISDICIONAL*

1. O controlo jurisdicional: em geral

O controlo jurisdicional do princípio da subsidiariedade tem sido objecto de aceso debate, tanto no meio académico como político, podendo considerar-se uma das questões mais problemáticas no que à respectiva aplicação diz respeito. Em especial, é assinalada a dificuldade de promover um tal controlo⁵⁶⁶ por força, designadamente, da inflexibilidade do princípio. Mas ao mesmo tempo sublinhada a necessidade da intervenção do TJUE, dada a consagração da subsidiariedade enquanto princípio jurídico da ordem comunitária.

Como refere MARIA LUÍSA DUARTE, “a concepção que temos da subsidiariedade como princípio jurídico de vinculação institucional seria incompatível com uma posição contrária à sua operatividade como elemento de controlo de legalidade dos actos comunitários” – “a imperatividade jurídica do princípio da subsidiariedade supõe formas e instrumentos adequados de tutela jurisdicional”⁵⁶⁷.

Por outro lado, sobre a dificuldade do controlo, poderá alegar-se que o Tribunal já mostrou ser capaz de rever a legalidade de medidas com base em outros valores constitucionais igualmente adjectiváveis como *vagos* e para os quais não existe um rígido critério de julgamento (*casos difíceis*)⁵⁶⁸. Todavia, não deixa de ser lembrado que admitir o controlo jurisdicional da subsidiariedade significa pretender que o TJ assum

⁵⁶⁶ Cfr. a doutrina referenciada *infra*, discutindo as visões sobre a amplitude do controlo: substantivo *versus* procedimental.

⁵⁶⁷ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 780 e 805. No mesmo sentido, F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 56 e 57, para quem surgindo o princípio da subsidiariedade “como uma *regra de Direito*, e como uma *regra obrigatória*, e não apenas como um princípio político ou como uma simples norma programática”, “a aplicação daquele princípio vai ficar sujeita ao controlo dos dois Tribunais Comunitários”; também M. D’OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da...*, p. 302; ainda K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 72; A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable...”, p. 281 e ss. Mas contra, J. SCHWARZE, “Le principe de...”, p. 618 e 619. Já A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable...”, p. 271 e 272, advogando uma opinião favorável ao controlo, dá nota de várias opiniões contrárias. Todavia, segundo K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 72, o controlo judiciário do princípio “*ne fait plus guère de doute aujourd’hui*”. De facto, parece-nos claramente minoritária a doutrina que sustenta a impossibilidade ou indesejabilidade desse controlo, hoje aliás expressamente reconhecido no Protocolo e assumida pelo próprio TJUE.

⁵⁶⁸ G. A. BERMAN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 394. O Autor dá o exemplo da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais e sobretudo, como “*closer analogy*”, a jurisprudência sobre proporcionalidade.

um papel a que não está particularmente adaptado – restringir a acção centralizada em nome do “*localism*”⁵⁶⁹.

O PE, na sua Resolução sobre a subsidiariedade de Novembro de 1990, sugeriu, através do aditamento de um artigo ao Tratado CEE, que o Conselho, o Parlamento ou os EM pudessem, após a adopção de um acto e antes da sua entrada em vigor, solicitar ao Tribunal que verificasse se tal acto excedia os limites da competência comunitária. Esse controlo *a priori* não foi contudo acolhido por Maastricht⁵⁷⁰. O controlo pelo TJ tinha lugar *a posteriori* e, segundo a doutrina, por todos os meios processuais idóneos para contestar a legalidade dos actos comunitários⁵⁷¹. O mecanismo de controlo jurisdicional *ex ante* também não foi introduzido posteriormente, embora tenha sido objecto de discussão no âmbito da Convenção que antecedeu o Tratado Constitucional⁵⁷².

O Protocolo de Lisboa introduziu algumas precisões a respeito do controlo jurisdicional, mas sempre com a referida natureza *ex post*. Nos termos do seu art. 8.º, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um acto legislativo que sejam interpostos nos termos do art. 263.º do TFUE (recurso de anulação): o controlo encontra-se expressamente admitido por este preceito, mas em conformidade com o que já era largamente assumido pela doutrina e pelo próprio órgão jurisdicional da União⁵⁷³.

O referido recurso pode ser interposto por um EM ou por ele transmitidos em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento. Mas note-se que esse recurso parece poder ser interposto mesmo por um Parlamento que não tenha “vetado” a medida em causa, já que não está estabelecido, no texto do Protocolo, qualquer condição contrária⁵⁷⁴. Também ao Comité das Regiões foi reconhecido o direito de interpor recurso relativamente aos actos legislativos para cuja adopção o

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 394.

⁵⁷⁰ Favorável a uma “*perventive jurisdiction*”, assimilada à que então era prevista no art. 228.º (acordos internacionais), cfr., por exemplo, V. CONSTANTINESCO, “Who’s Afraid of...”, p. 53; e F. DE QUADROS, “O princípio da...”, p. 245.

⁵⁷¹ Assim K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 72; A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable...”, p. 274. Cfr. ainda F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 258, com uma análise já à luz do Tratado de Lisboa.

⁵⁷² *Vd.* CONV 286/02 – 23.9.2002, p. 9.

⁵⁷³ Assim, J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 142. Refira-se que o GT sobre o Princípio da Subsidiariedade, da Convenção Europeia, “analisou ainda a possibilidade de criar no Tribunal de Justiça uma secção ad hoc encarregada das questões da subsidiariedade, considerando embora que compete ao próprio Tribunal tomar as medidas organizativas necessárias” – cfr. CONV 286/02.

⁵⁷⁴ J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 143, refere que estabelecer uma condição desse tipo poderia encorajar os PN a apresentar uma opinião só para garantir um futuro direito de recurso.

TFUE determine que seja consultado; isto na senda do reforço, pelo Tratado de Lisboa, dos poderes das Regiões. O Protocolo, ao aumentar o número de potenciais litigantes, aumenta a justiciabilidade da subsidiariedade e potencia a intervenção do TJUE neste domínio⁵⁷⁵.

Não sendo duvidosa a admissibilidade do controlo jurisdicional do princípio, é todavia discutido o alcance do mesmo. Por um lado, a perspectiva de quem, centrando o seu entendimento na subsidiariedade enquanto princípio essencialmente procedimental, considera que o controlo jurisdicional deve ser de natureza estritamente procedimental. A razão centra-se na circunstância de o Tribunal não estar especialmente vocacionado para promover um julgamento substantivo do princípio, por este envolver um juízo altamente político.

G. A. BERMANN, invoca, no sentido apontado, “as incertezas sobre quanto ‘localismo’ verdadeiramente importa numa determinada matéria, a forte dependência na prognose e as probabilidades de cenários concorrentes, a possibilidade de ‘*tradeoffs*’ discricionários entre subsidiariedade e proporcionalidade, e o puro exercício de julgamento político que está associado”⁵⁷⁶. Com essas circunstâncias em vista, sustenta que o juízo do tribunal deve ter uma natureza meramente procedimental, tratando-se de aferir se as instituições efectivamente consideraram todas as vertentes da subsidiariedade (“*the Court in effect enforces a procedural mandate*”). Dessa forma, defende que ficaria assegurada a promoção, pelas instituições responsáveis pelas medidas legislativas, de uma análise séria, profunda e fundamentada dos custos e benefícios da acção e inacção ao nível europeu – seria esse o âmago do controlo jurisdicional.

Também considerando ser muito difícil ao Tribunal comprometer-se com um controlo substantivo, mas poder todavia monitorizar a questão procedimental, estão DAMIEN CHALMERS, GARETH DAVIES e GIORGIO MONTI e ainda TAKIS TRIDIMAS⁵⁷⁷. Tal não será aliás de estranhar, já que a tradição britânica no que se refere ao controlo da actuação das entidades públicas, fortemente arreigada numa específica compreensão da

⁵⁷⁵ Assim, T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 192.

⁵⁷⁶ G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 336 e 390 e ss.

⁵⁷⁷ D. CHALMERS, G. DAVIES e G. MONTI, *European Union Law...*, p. 365 e 366: “*whether the reasons given are consistent, properly considered and accurately reflected in the legal text (...) is something that the Court ought to be able to monitor relatively easily*”. T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 185 e 186: “[s]ubsidiarity has a greater potential as a procedural ground than as a ground of substance”.

separação de poderes⁵⁷⁸, surge centrada num exame que incide essencialmente sobre o “processo de actuação” e menos sobre o “conteúdo da decisão”⁵⁷⁹.

Em sentido contrário, MARIA LUÍSA DUARTE considera que o juízo do Tribunal deve ser substantivo, ainda que deva conformar-se dentro dos apertados limites do “erro manifesto”⁵⁸⁰.

Para a Autora, o princípio da subsidiariedade confere às instituições europeias uma margem de livre apreciação que pressupõe um juízo de prognose e uma escolha entre duas alternativas possíveis, escolha que se faz com fundamento, também, em referências extranormativas. Assim, o TJ deve circunscrever a sua fiscalização aos casos que representem um exercício abusivo do poder de livre apreciação – o Tribunal “preocupa-se apenas em averiguar se a norma ou decisão sujeita a controlo constitui ‘um erro manifesto ou um desvio de poder’”. Tal papel, alega a Autora, é já manifestado na sua jurisprudência em sede de aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁸¹, de verificação dos limites gerais à invocação do (então) art. 235.º do TCE e de responsabilidade extracontratual por acto normativo que envolva escolhas de política económica.

A posição doutrinária acabada de enunciar identifica-se, pois, com a defesa de um controlo substantivo “mínimo” ou “marginal”, também admitido por A. G. TOTH e NICHOLAS EMILIOU⁵⁸². Relevante a este respeito é ainda a posição manifestada pela AG J. Kokott, nas suas Conclusões apresentadas no Processo C-358/14 (a referir *infra*; cfr. § 146).

⁵⁷⁸ Sobre o tema da separação de poderes, N. PIÇARRA, *A Separação dos...*

⁵⁷⁹ Assim S. TAVARES DA SILVA, “O *Tetralema* do...”, p. 657, fazendo contrapor o *método germano* de controlo da proporcionalidade ao *Wednesbury reasonableness test* britânico.

⁵⁸⁰ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, em especial p. 807 e ss.

⁵⁸¹ O TJUE tem efectivamente seguido essa orientação em matéria de controlo do princípio da proporcionalidade. A este respeito, a título de exemplo, lê-se no AcTJ, 12.11.1996, *Reino Unido/Conselho* (C-84/94) – que também abordou o tema da subsidiariedade, como veremos: “58. No que se refere à fiscalização jurisdicional das condições já referidas, importa, no entanto, reconhecer ao Conselho um largo poder de apreciação num domínio que, como no caso em apreço, implica, por parte do legislador, opções de política social e em relação ao qual é chamado a efectuar apreciações complexas. Consequentemente, a fiscalização jurisdicional do exercício desta competência deve limitar-se a examinar se não está viciada por um erro manifesto ou um desvio de poder ou se a instituição em causa não ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação”.

⁵⁸² A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable...”, em especial p. 281 e ss., depois de abordar a doutrina do controlo jurisdicional limitado ao “*manifest error*” e ao “*misuse of powers*”, conclui nos seguintes termos: “...all that the Court may be expected to do in cases involving the application of Article 3b in areas of shared competence is to examine whether in arriving at its decision the Council has not committed a manifest error or a misuse of powers or has not patently exceeded the bounds of its discretion. There are the ultimate limits of justiciability of subsidiarity”. N. EMILIOU, “Subsidiarity: an effective...”, p. 402 e ss., considera que o Tribunal deve limitar-se a um controlo marginal, ainda que substantivo, assente no “*patent error*” ou “*misuse of powers*”.

Uma síntese que nos parece especialmente feliz, próxima desta segunda abordagem que acompanhamos, mas também ressaltando a importância do controlo procedimental que igualmente compete ao Tribunal promover, é feita mais uma vez por KOEN LENAERTS e PATRICK VAN YPERSELE⁵⁸³. Para os Autores, um justo equilíbrio deverá ser encontrado entre, por um lado, a margem de apreciação de que devem dispor os poderes políticos para definir a sua acção e, por outro lado, as exigências precisas do art. 5.º do Tratado. Assim, o Tribunal não deve sobrepor as suas apreciações àsquelas do poder político, mas deve assegurar o respeito do direito na aplicação dos Tratados. Considerando simultaneamente a dimensão do controlo procedimental e substantivo, referem: “[s]e o Tribunal constatar que a Comunidade não motivou suficientemente em termos de direito o acto controvertido, ou que cometeu um erro de facto ou de direito, ou que ao avaliar esses factos cometeu um erro manifesto, anulará ou declarará inválido o acto contestado”.

O TJ, num recente Acórdão proferido na vigência do Tratado de Lisboa⁵⁸⁴, deixou claro que a fiscalização cabe ao juiz da União, que deve verificar quer o respeito das *condições de fundo* previstas no art. 5.º, n.º 3, do TUE, quer o respeito das *garantias processuais* previstas no Protocolo (§ 113). De qualquer forma, esse controlo jurisdicional vinha sendo exercido já anteriormente, ainda que de forma nem sempre convincente (cfr. *infra*).

2. Uma questão em especial: a subsidiariedade enquanto directriz de interpretação?

A doutrina tem ainda apontado uma distinta dimensão da relação subsidiariedade-controlo jurisdicional que, sem prejuízo das dúvidas que possa suscitar, não merecerá desconsideração.

Não se trata, nesta perspectiva, de analisar o papel do TJUE enquanto responsável pelo controlo da observância da subsidiariedade pelo legislador, mas como instituição europeia directamente vinculada pelo princípio. A tónica é colocada no papel do Tribunal na determinação, por via da interpretação dos Tratados, do alcance das normas *comunitárias*.

⁵⁸³ K. LENAERTS e P. VAN YPERSELE, “Le principe de...”, p. 75 e ss.

⁵⁸⁴ AcTJ, 4.5.2016, *Polónia/Parlamento e Conselho* (C-358/14).

GRÁINNE DE BÚRCA⁵⁸⁵ refere a este propósito que a formulação legal do princípio da subsidiariedade, no TCE e no Protocolo de Amesterdão (disposições em vigor à data), é essencialmente dirigida às instituições com poderes legislativos. A Autora sublinha a “notável omissão” do TJ, tratado em sua opinião como estando dispensado da aplicação do princípio na sua tarefa/função de interpretação normativa. Isto apesar de o Tribunal desempenhar um papel essencial na interpretação das normas dos Tratados: “[o] acto de interpretação, em si mesmo, pode constituir o exercício de um poder de legislar [*‘law-making power’*], mas não resulta claro se, ou como, o princípio da subsidiariedade pode afectar esse particular exercício de poder judicial”⁵⁸⁶.

A Autora⁵⁸⁷ apresenta alguns exemplos da jurisprudência do Tribunal que, em sua opinião, evidenciam uma recusa em aceitar o argumento segundo o qual também o órgão jurisdicional da União, enquanto instituição europeia, tem responsabilidades ao nível da aplicação/observância dos princípios que estabelecem limites à lei *comunitária*. Destacamos, de entre os exemplos que apresenta, o Ac. *Bosman*⁵⁸⁸. Em sua opinião, nenhum dos limites expressamente impostos no Tratado à competência *legislativa* da então Comunidade foram tratados pelo Tribunal, naqueles casos, como relevantes para as suas próprias escolhas (decisões) interpretativas acerca do alcance das normas económicas dos Tratados. A Autora refere mesmo que a metodologia tradicional do Tribunal, com a sua subjacente teleologia da integração, não se compatibiliza facilmente com as preocupações subjacentes ao princípio da subsidiariedade.

G. A. BERMANN⁵⁸⁹, no mesmo sentido, questiona até que ponto é que o TJ não terá também ele, através das suas vigorosas demandas no sentido da integração ao longo dos anos, contribuído para a erosão da autonomia política local e possivelmente violado, ele próprio, o princípio da subsidiariedade. Para o Autor, o Tribunal pode até ter alguma dificuldade em exercer um controlo rigoroso do princípio, na medida em que ele próprio

⁵⁸⁵ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 38 e ss.; e “The Principle of...Actor”, p. 220 e ss.

⁵⁸⁶ G. DE BÚRCA, “The Principle of...Actor”, p. 222.

⁵⁸⁷ G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance...*, p. 38 e ss.

⁵⁸⁸ AcTJ, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association e o./Bosman e o.* (C-415/93), § 81 e ss. Segundo G. DE BÚRCA, “The Principle of...Actor”, p. 228 e 229, “[i]n answer to the German government’s subsidiarity argument, the Court simply ruled that sporting associations should not be excluded from Article 48, and it did not address the government’s more specific arguments, nor the nature and extent of this particular sporting rule in the light of the subsidiarity and proportionality principles. It did not consider the sorts of questions which the legislative institutions would have to ask in purported application of Article 3b, had they chosen to adopt legislation on the matter”. No mesmo sentido, T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 183 e 184, afirmando que o Tribunal resistiu às tentativas de restringir o alcance de aplicação das liberdades fundamentais com base na subsidiariedade.

⁵⁸⁹ G. A. BERMANN, “Taking Subsidiarity Seriously...”, p. 400 e ss.

já o tem posto em causa em alguma da sua jurisprudência. Todavia, sublinha alguma revisão nas respectivas posições, demonstrando-o com a invocação dos Acs. *Dijon* e *Keck*⁵⁹⁰, que considera terem consubstanciado um desenvolvimento positivo na perspectiva da subsidiariedade.

Também TAKIS TRIDIMAS, numa linha interpretativa análoga, reconhece a tendência de uma jurisprudência mais “*nation-state friendly*”, evidenciando-o através dos Acs. *Keck* e *Tobacco Advertisement Directive*⁵⁹¹.

Não se tratará, defende G. A. BERMANN, de obrigar o Tribunal a rever toda a sua jurisprudência, mas antes da exigência de que o Tribunal leve a sério, ele próprio, o princípio da subsidiariedade e se considere a ele vinculado. Isto à semelhança da vinculação pelas instituições com poder *legislativo*, cujo efectivo respeito pelo princípio, na aprovação de medidas concretas, lhe cabe em última instância sindicar⁵⁹².

Em nossa opinião, o entendimento exposto acaba por redundar no que tem vindo a ser identificado como a função interpretativa do princípio da subsidiariedade – o princípio funcionaria, nesta medida, como *directriz de interpretação*.

Trata-se de posição defendida por MARIA LUÍSA DUARTE, nos seguintes termos: “[n]o âmbito das várias vias processuais em que sobressai a função interpretativa, especialmente o processo das questões prejudiciais, a subsidiariedade indica um caminho de contenção no estabelecimento do sentido regulamentador ou harmonizador da norma comunitária e, *em caso de dúvida*, deve prevalecer a solução que maior autonomia conceda ao decisor nacional” (destaque nosso)⁵⁹³.

Assim, segundo tal função interpretativa, quem é chamado a interpretar a legislação comunitária, *maxime* o TJ, deve escolher, *em caso de dúvida*, a solução interpretativa que conceda uma maior autonomia ao decisor nacional⁵⁹⁴. E isto

⁵⁹⁰ AcTJ, 20.2.1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwei* (C-120/78); AcTJ, 24.11.1993, *Keck e Mithouard* (C-267/91).

⁵⁹¹ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 180 e ss. Para o Autor, o designado caso *Tobacco Advertisement Directive*, “*reverses a long trend towards the expansion interpretation of Community competence and makes clear that the powers of the Community institutions are finite*” – vd. AcTJ, 5.10.2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-376/98), a analisar com mais detalhe no ponto 3.

⁵⁹² Diz-nos o Autor, “*Taking Subsidiarity Seriously...*”, p. 402 e 403: “[u]nless the Court of Justice gives evidence that it takes both subsidiarity and proportionality seriously in its own conduct of business, it may not readily persuade the political institutions to do the same”.

⁵⁹³ Assim, M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 803 e 804, apontando, tal como T. TRIDIMAS e G. A. BERMANN, que o TJ já revelou, por exemplo no mencionado caso *Keck* (C-267/91), uma “*predisposição favorável à salvaguarda de um espaço de activação dos poderes pelos Estados-membros, embora guardando silêncio sobre a eventual inspiração no princípio da subsidiariedade*”.

⁵⁹⁴ G. A. BERMANN, “*Taking Subsidiarity Seriously...*”, p. 366 e 367.

considerando designadamente o apelo feito no preâmbulo do TUE: serem as decisões tomadas *ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade*.

Todavia, em nossa opinião, haverá que considerar alguns elementos adicionais. Cumpre desde logo assinalar a importância que a jurisprudência do TJ assumiu, e tem assumido: sem os esforços do Tribunal, ao modelar princípios destinados a atribuir autoridade às instituições europeias e supremacia aos seus actos, a UE teria carecido de credibilidade e efectividade⁵⁹⁵.

Mesmo que se possa pontualmente criticar a jurisprudência do Tribunal, tal não tem insito, pelo menos na lógica deste texto, um juízo globalmente desfavorável ou crítico. Até porque a jurisprudência não é imutável: as decisões/linhas de interpretação que se justificaram a certo passo da integração comunitária poderão hoje merecer reanálise, sem que com isso se ponha em causa a sua pertinência originária. Por outro lado, certos domínios de competência da União – como é o caso da competência penal, a tratar mais aprofundadamente – podem justificar um particular reconhecimento da subsidiariedade, mas esta poderá não ser tão relevante em domínios menos conectados com atributos da soberania.

Acresce que aceitar uma vinculação do Tribunal a esta função interpretativa do princípio da subsidiariedade significa apenas aceitar que o Tribunal, na sua tarefa de garante do respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados (art. 19.º, n.º 1, do TUE), possa estar vinculado a certas orientações de conteúdo *normativo*. Mas tal não equivale, de modo algum, a sustentar uma equiparação do TJ às restantes instituições europeias. É diferente a sua função, é diferente a sua natureza (fala-se da “natureza delicada da intervenção judicial”⁵⁹⁶) e é necessariamente diferente o seu *reasoning*⁵⁹⁷.

3. Os Acórdãos *Ambiente* e o argumento da subsidiariedade

Uma das dificuldades com que se depara qualquer análise sobre o controlo jurisdicional do princípio da subsidiariedade no domínio da harmonização do direito

⁵⁹⁵ Nestes termos, D. WYATT, “Could a ‘yellow...’”, p. 16.

⁵⁹⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 145.

⁵⁹⁷ Assim, G. DE BÚRCA, “The Principle of...Actor”, p. 232: “[l]egal reasoning does have special features” (...) [t]he Court is not free in the same sense as other institutions to use law as an instrument of policy”.

penal substantivo, prende-se com a circunstância de inexistirem, exceptuando os casos *Ambiente*, recursos de anulação de medidas harmonizadoras neste específico contexto. Ou seja, não se encontra jurisprudência relevante que especificamente analise a *subsidiariedade em contexto penal*, em especial no pós-Tratado de Lisboa.

A ausência de tais pronúncias do TJUE pode justificar-se, na vigência dos Tratados pré-Lisboa, pela circunstância de qualquer medida de harmonização pressupor no ex-terceiro pilar a unanimidade no Conselho. Com efeito, o Estado que aprovasse a medida, através do representante no Conselho, dificilmente a impugnaria perante o Tribunal (isto, claro, no domínio do recurso de anulação). Mas no contexto dos Acs. *Ambiente*, a analisar, verifica-se ter sido suscitado o argumento da subsidiariedade pelos EM em defesa da manutenção, para efeitos de harmonização do direito penal substantivo, designadamente daquela prerrogativa de unanimidade. Já quanto à relevância do princípio da subsidiariedade em acções de incumprimento, estas não tinham cabimento no contexto do ex-terceiro pilar.

Os Acs. *Ambiente* continuam a reclamar análise. Embora a sua discussão na doutrina seja profusa, e apesar de já terem decorridos vários anos desde a sua prolação e mais relevantemente ter sido resolvida a grande questão que estava então em causa quanto ao reconhecimento de uma competência penal “*comunitarizada*”, tais Acórdãos continuam a relevar. A análise continua a justificar-se, sobretudo no âmbito de uma discussão que se centre nos temas da competência, subsidiariedade e proporcionalidade.

O (primeiro) Ac. *Ambiente*, muitíssimo polémico aquando da sua prolação, já foi contextualizado no 1.º Capítulo da Parte I⁵⁹⁸. Em síntese, o Tribunal anulou a decisão-

⁵⁹⁸ Cfr. para análises críticas ao Ac. *Ambiente*: M. L. DUARTE, “Tomemos a sério...”, com um posicionamento abertamente crítico, em especial apontando a “relativização do princípio da competência de atribuição” e sublinhando a existência de disposições que têm “a função de vedar ao legislador comunitário o exercício de poderes de tipificação penal autónoma e mesmo de harmonização das legislações nacionais de incidência penal” (“*bases inibidoras de competência comunitária*”); C. AMADO GOMES, “Jurisprudência dirigente ou...”, em tom também expressamente crítico, apontando as deficiências ao nível da fundamentação jurídica, mas igualmente criticando o Ac. em especial por (i) ignorar a questão da subsidiariedade da intervenção comunitária em matéria penal, (ii) validar uma “apropriação técnica de sancionamento penal, claramente integrada no núcleo duro da soberania do Estado, por mais exaurida que esta noção esteja, hodiernamente”, (iii) validar uma captação pelo pilar comunitário de matéria reservada pelos “*donos dos Tratados*” ao quadro do terceiro pilar. Diferentemente: H. LABAYLE, “Architecte ou spectatrice?...”, em especial p. 6 e ss., aplaudindo a clarificação corajosa do Tribunal e relativizando a “*émotion provoquée*” – até pela já “*communautarisation du droit pénal national*” derivada da incidência positiva e negativa, a rejeitar a ideia da exclusividade da competência nacional em matéria penal –, mais sublinhando o primado do pilar comunitário, mas apontando a pobreza da fundamentação designadamente pela circunstância de o Ac. não fazer eco à sua anterior jurisprudência em matéria penal; N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 329, em

quadro do Conselho que enquadrava a protecção penal do ambiente, dando provimento ao recurso interposto pela Comissão, admitindo que a adopção de medidas com natureza penal destinadas à protecção do ambiente poderia ser fundada na base jurídica do art. 176.º do TCE, ou seja, no quadro do primeiro pilar (pilar comunitário), ficando legitimada a adopção de uma directiva.

Entendeu o Tribunal que o legislador comunitário, no quadro do primeiro pilar, e tomando por fundamento a base jurídica do art. 176.º do TCE (base jurídica da política comum no domínio do ambiente), estava legitimado a adoptar medidas relacionadas com o direito penal dos EM que considerasse *necessárias* para garantir a *plena efectividade* das normas que promulgasse em matéria de protecção do ambiente, sempre que a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constituísse uma medida *indispensável* para lutar contra os atentados graves ao ambiente. Tratou-se, portanto, da identificação do critério da efectividade enquanto critério de determinação da competência penal da (então) Comunidade em domínios abrangidos pelas políticas comuns⁵⁹⁹.

Também no 1.º Capítulo da Parte I, descrevemos as especialidades do terceiro pilar em cujo contexto estavam normativamente enquadradas, na vigência de Amesterdão/Nice, as medidas harmonizadoras do direito penal substantivo. A sua consideração e comparação com as normas disciplinadoras do pilar comunitário permite compreender o impacto do Acórdão, nas dimensões substantiva, institucional e instrumental⁶⁰⁰. Como refere NUNO PIÇARRA, “a escolha da base jurídica num ou noutro tratado revestia-se da maior relevância prática, por se repercutir fortemente no conteúdo e na eficácia do acto a adoptar”⁶⁰¹.

É aliás curioso identificar as partes que se opuseram no litígio e que já anteriormente referimos: de um lado, o Conselho apoiado por vários EM (onze de

termos também globalmente favoráveis, entendendo que a tese “afigura-se defensável e ‘conforme ao sistema’”, mas também denotando as deficiências da fundamentação; M. SOUSA FERRO, “Acórdão C-176/03 do...”, com enunciação de ressalvas mas com aceitação da “solução encontrada pelo Tribunal”, designadamente porque era “claramente pouco favorável à integração comunitária a manutenção da insegurança jurídica que resultava do princípio afirmado” no Ac. *Milho Grego*. Em apoio ao Ac. *Ambiente*, embora reconhecendo-lhe algumas limitações, é também relevante referir as Conclusões do AG J. Mazák, apresentadas no caso que deu origem ao Ac. *Ambiente II* (C-440/05) – cfr., em especial, § 80 e ss.

⁵⁹⁹ Foi então discutido, como já se deu conta na Parte I, 1.º Capítulo, se o alcance do Ac. se limitava à política do ambiente ou se deveria considerar-se o seu raciocínio extensível a outras políticas comuns. Sobre a questão, cfr. as Conclusões do AG J. Mazák, citadas, em especial § 91 e ss.

⁶⁰⁰ K. LENAERTS, “The Principle of...”, p. 865 e 866. O AG J. Mazák, nas Conclusões apresentadas no contexto do Ac. *Ambiente II*, sistematiza essas diferenças (cfr. § 45 e nota 13), embora assinalando a matiz introduzida pelo Ac. *Pupino*.

⁶⁰¹ N. PIÇARRA, “O Tratado de...Justiça”, p. 133.

quinze neste primeiro Acórdão, dezanove de vinte e cinco no segundo); do outro lado, a Comissão acompanhada pelo PE, empenhado em assumir uma posição de maior destaque na aprovação de normas penais harmonizadas.

O Ac. *Ambiente* constitui uma relevante pronúncia sobre competência/base jurídica. Todavia, não lhe são alheias considerações de subsidiariedade. Desde logo, se pensarmos na tese da possível identificação da subsidiariedade enquanto *critério interpretativo* que possa/deva vincular ou pelo menos orientar o Tribunal, na esteira do defendido por alguma doutrina, é possível fazer-se uma leitura do mesmo no contexto da lógica da subsidiariedade. De qualquer forma, e como se explicitará, o *argumento da subsidiariedade* foi mesmo directamente invocado.

MARIA LUÍSA DUARTE, por exemplo, considera que o Acórdão “põe em causa a natureza subsidiária da actuação da União Europeia”⁶⁰². CARLA AMADO GOMES, por sua vez, desenvolve o argumento da subsidiariedade relembrando que a política do ambiente foi constitucionalizada com o AUE mas numa “lógica de subsidiariedade *avant Maastricht*”; assim, na sua opinião, “[t]er o TJCE entendido que o poder de sancionar penalmente, a mais agressiva modalidade de punição, é, em matéria ambiental, da esfera comunitária, sem por uma única vez invocar este princípio, constitui para nós motivo de surpresa”. Note-se que a Autora sublinha ser certo que “só o exercício legiferante em concreto terá, a ser desencadeado, de avançar a fundamentação, de facto e de direito, de tais medidas, no confronto com os parâmetros descritos [subsidiariedade e proporcionalidade]”, “[p]orém, a ausência do princípio da subsidiariedade no iter argumentativo do Tribunal não constitui um bom prenúncio”⁶⁰³.

É verdade que existia já algum acordo quanto à “pertinência de uma resposta harmonizada”⁶⁰⁴. A Comissão pretendia a aprovação de uma directiva harmonizadora no âmbito do primeiro pilar, e o Conselho manifestava preferência por uma decisão-quadro harmonizadora no âmbito do terceiro pilar, mas qualquer caso pressupunha já uma actuação harmonizadora, ao nível do direito penal, em matéria ambiental. Ou seja, não estava tanto em causa uma discussão centrada na problemática da *mais-valia* da acção centralizada, pelo menos quanto à adopção de regras mínimas relativas aos elementos constitutivos das infracções penais (introdução de “tipos uniformes pela

⁶⁰² M. L. DUARTE, “Tomemos a sério...”, p. 369.

⁶⁰³ C. AMADO GOMES, “Jurisprudência dirigente ou...”, p. 218 e 219.

⁶⁰⁴ Assim, § 83 e nota 80 das Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer (C-176/03).

harmonização comunitária”⁶⁰⁵); isto embora a questão mantivesse interesse e pudesse ter sido considerada pelo Tribunal, como se verá seguidamente.

Estava sobretudo em causa determinar a que nível (do primeiro ou do terceiro pilar) deveria essa acção ser promovida. Nesses termos, o problema da *autonomia* dos EM inerente à lógica da *subsidiariedade*, consideravelmente mais limitada no quadro do primeiro pilar, não deixava de assumir relevância na lógica da discussão *sub-iudice*.

No primeiro Ac. *Ambiente*, assim como nas interessantes Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer, não se encontra qualquer referência ao princípio da subsidiariedade; os textos são silenciosos a esse propósito. O AG, quanto a este ponto, apenas manifesta recusar aquilo que considera ser a “tese ‘soberanista’”, apontando o facto “de o direito comunitário ter despenalizado muitas acções tipificadas nos códigos nacionais, sem que essa ‘intromissão’ tivesse alarmado alguém”⁶⁰⁶.

Todavia, o AG Colomer considerava já neste primeiro caso, embora a questão não tenha sido desenvolvida pelo Acórdão, que “[u]ma vez introduzidos tipos uniformes pela harmonização comunitária”, “a escolha da sanção para reprimir e para conferir virtualidade ao direito comunitário cabe aos Estados-Membros”. Mais referia, quanto a esta problemática das sanções, que “ninguém está em melhor posição que o legislador nacional” e que “a Comunidade *não dispõe* de elementos de juízo necessários para apreciar o modo de defender os valores ambientais em cada Estado-Membro, oscilando entre a privação de liberdade, outra restrição de direitos ou uma sanção pecuniária” (destaques nossos). Mas isto sem nomear o princípio da subsidiariedade (cfr., em especial, § 84 a 86) e sem que a questão tenha sido apreciada pelo Tribunal neste primeiro Ac. *Ambiente*.

Diferentemente, nas Conclusões do AG J. Mazák que antecederam o Ac. *Ambiente II*, é expressamente referido que “[o]s numerosos argumentos, ligeiramente diferentes, avançados pelos [dezanove] Estado-Membros em apoio das suas intervenções dizem sobretudo respeito aos princípios da subsidiariedade, da atribuição de poderes e da proporcionalidade, à natureza particular e à necessária coerência do direito penal, à margem de apreciação que deve ser deixada aos Estados-Membros, e ao

⁶⁰⁵ Expressão das Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer (C-176/03), § 85.

⁶⁰⁶ Veja-se, contudo, P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 494 a 497. Para o Autor, pronunciando-se na vigência do Tratado de Amesterdão, “a Constituição acredita a vigência de normas comunitárias em matérias reservadas à actividade legiferante da AR e, reflexamente, coonesta a inaplicabilidade do direito nacional, anterior ou posterior, que se lhe oponha”. Todavia, “esta conclusão não é imediatamente transponível para o problema inverso, *sc.*, do acreditamento de normas comunitárias que incriminem certas condutas, pois aí estão em causa, não só a competência qualificada (interna) de um órgão, mas as garantias fundamentais ínsitas no princípio da legalidade da lei penal”.

sistema criado pelo Tratado da União Europeia que se veria afectado se os argumentos da Comissão fossem acolhidos” (§ 42). Mas o Tribunal nada reflectiu, também neste segundo caso, em termos do argumento respeitante ao princípio da subsidiariedade.

O Ac. *Ambiente II* tem uma especialidade, já que a sua conclusão de fundo tem uma *nuance* significativa: o Tribunal considerou expressamente nesse caso, questão que anteriormente omitira, que a “fixação do tipo e do grau das sanções penais a aplicar” “não é da competência da Comunidade”. No entanto, não concede qualquer justificação para essa asserção; limita-se a enunciá-la sem outra explicação. Pelo que, logicamente, não podemos saber se a fundamenta no princípio da subsidiariedade.

Mas é importante notar que essa tese diferenciada quanto às sanções já vinha defendida pelo AG J. Mazák nas respectivas conclusões, que efectivamente a fez assentar no princípio da subsidiariedade: “[c]onsidero, pois, e *em conformidade com o princípio da subsidiariedade*, que, regra geral, os Estado-Membros *estão em melhor posição* do que a Comunidade para ‘traduzir’ o conceito de ‘sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas’ para os respectivos sistemas jurídicos e contextos sociais” (§ 108) (destaque nosso).

O AG J. Mazák preocupou-se, neste Ac. *Ambiente II*, em desenvolver o referido argumento da “melhor posição” dos EM quanto à definição das sanções, no seguimento aliás da reflexão do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer. Mas, diferentemente daquele, fez efectivamente orientar o seu raciocínio em torno da *subsidiariedade*.

Para o AG J. Mazák, “[c]ada código penal reflecte uma hierarquia específica dos bens jurídicos que pretende proteger (a propriedade, a pessoa, o ambiente, etc.), em função dos quais as sanções são determinadas”, pelo que “a fixação pelo legislador comunitário do tipo e gravidade das sanções a aplicar (...) poderia levar a uma fragmentação e comprometer a coerência dos sistemas penais nacionais” (§ 105 a 106); além de que “a gravidade de uma sanção penal, a sua efectividade e capacidade de dissuasão não podem ser tidas em consideração independentemente das outras sanções previstas no direito interno” (§ 107). E note-se que às Conclusões do AG também estiveram associadas importantes notas sobre a especialidade do direito penal (em especial, § 67 e ss.).

Se é verdade que o AG assumiu a lógica da subsidiariedade, integrando-a em parte no seu raciocínio, também podemos encontrar nas Conclusões tradução do seu entendimento relativamente à (ampla) margem de apreciação que dever ser reconhecida

ao legislador comunitário (influindo na problemática do *standard* de *judicial review*) – cfr. o § 119.

Note-se que o AG ensaia, nos § 133 e 136, um exercício justificativo ainda que sucinto da mais-valia da acção da União na parte referente à introdução de “tipos uniformes pela harmonização comunitária”, inclusivamente com apelo ao argumento da inacção dos EM. Mas o Ac. *Ambiente II*, assim como o seu antecessor, na lógica do seu laconismo, omitem essas preocupações de fundamentação. Limitam-se a declarar – e até implicitamente por remissão para o entendimento do Conselho expresso na decisão-quadro anulada – tal mais-valia⁶⁰⁷.

É certo que ao Tribunal cabia especificamente pronunciar-se sobre a base jurídica adequada para a harmonização do direito penal substantivo em matéria ambiental, situando a competência no contexto do primeiro ou terceiro pilares. Todavia, na medida em que o núcleo essencial da sua pronúncia pressupõe a afirmação da *necessidade* do recurso ao direito penal para garantir a *plena efectividade* das normas em matéria ambiental, seria de esperar que, à semelhança do que ocorre noutros casos, o Tribunal tivesse aprofundado esse pressuposto⁶⁰⁸. Tanto mais quanto estava de certa

⁶⁰⁷ Cfr. § 50 do Ac. *Ambiente*, e §68 do Ac. *Ambiente II*. Para P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 132, “in this case Court of Justice did not really review the conclusion that the penalties were essential, but rather performed a control of what the actor in question thought”. Para uma análise crítica aprofundada da Directiva 2009/123/CE, que altera a Directiva 2005/35/CE relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infracções, M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 417 e ss.

⁶⁰⁸ Uma comparação interessante pode ser feita entre o Ac. *Ambiente* e o Ac. “publicidade do tabaco”, considerado como um dos mais importantes em matéria de competência. Trata-se do AcTJ, 5.10.2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-376/98) (vejam-se também as Conclusões do AG N. Fennelly apresentadas em 15.6.2000). Este Ac. trata especificamente a questão da base jurídica/competência, anulando o acto comunitário em questão com fundamento na incompetência para a sua adopção, não chegando a analisar *especificamente* o argumento, também invocado, da violação do princípio da subsidiariedade. Todavia, este Ac. tem precisamente sido apontado, ao lado do caso *Keck*, como exemplo da subsidiariedade entendida enquanto directiva de interpretação. Com efeito, G. TRIDIMAS e T. TRIDIMAS, “The European Court...”, p. 174, consideram que “[a]lthough the judgement makes no express reference to subsidiarity and proportionality, the Court’s reasoning is imbued by those principles”. Quais são, pois, as diferenças entre o Ac. *Tobacco Advertisement* e o Ac. *Ambiente*? Por um lado, questão porventura mais relevante, o facto de no primeiro caso o Tribunal ter expressamente referido, no § 83 e reiterado no § 107, utilizando como ponto-chave da sua argumentação, o princípio da “competência de atribuição” (art. 5.º), questão que foi omitida no Ac. *Ambiente* apesar de expressamente invocada pelos recorrentes (vd. § 27). Com efeito, o argumento principal subjacente ao Ac. sobre a publicidade do tabaco prende-se com a circunstância de o art. 100.º-A do TCE não poder ser interpretado como investindo a Comunidade de um poder geral para regular o mercado interno, já que tal seria incompatível com o princípio segundo o qual os poderes da Comunidade *são limitados àqueles que lhe são especificamente atribuídos*. Idênticas considerações, adaptadas naturalmente à lógica do caso concreto, não foram desenvolvidas pelo Ac. *Ambiente*. Por outro lado, a circunstância de no primeiro caso, contrariamente ao segundo, o Tribunal se ter preocupado com uma fundamentação muito mais aprofundada, que inclusivamente foi ao detalhe das medidas da directiva por forma a apreciar os seus efectivos objectivos, desideratos e pretensões, fiscalizando o seu concreto conteúdo (a medida melhora *efectivamente* as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno?). Ora, no caso *Ambiente*, o

forma a inaugurar o reconhecimento de um novo domínio de competência comunitária ou, pelo menos, a desenvolver uma linha de raciocínio próxima da teoria dos poderes implícitos, aplicada ao exercício do *ius puniendi*, cujos fundamentos poderiam ter sido mais amplamente desenvolvidos.

É interessante dar conta da reflexão de GEORGE TRIDIMAS e TAKIS TRIDIMAS quando apreciam o Acórdão “publicidade do tabaco”⁶⁰⁹, reputado como exemplo da subsidiariedade enquanto directiva de interpretação:

“(…) o julgamento revela o Tribunal como um amigo da soberania nacional (...). Uma atitude mais favorável relativamente à soberania dos Estados-Membros pode ser vista como resposta a um sentimento discernível de euro-cepticismo no eleitorado e a críticas de que a política da Comunidade careceria de legitimidade, sentimento que já era evidente em Keck (...). Tendo visto a sua soberania diluída pelas decisões do Tribunal entre meados dos anos 60 até meados dos anos 90, os governos nacionais talharam os seus poderes, mantendo-o fora da Política Externa e de Segurança Comum e restringido o seu envolvimento na Justiça e Assuntos Internos. A abordagem mais cautelosa do Tribunal é porventura o reconhecimento desse desconforto da parte dos governos nacionais”.

Não deixa de ser interessante, a partir da interpretação dos Autores no ponto em que se referem ao quadro da Justiça e Assuntos Internos, que o Ac. *Ambiente* tenha significado uma tão profunda viragem quanto à leitura jurisdicional das competências, precisamente no quadro desse ultra sensível domínio.

Mas também importa identificar como contraponto, e por referência à data da prolação do Ac. *Ambiente* (13 de Setembro de 2005), um certo “espírito do tempo”. Com efeito, em 29 de Outubro de 2004, havia sido assinado em Roma o Tratado Constitucional, o qual, em termos de desenho da competência penal da União, se assimilava ao que veio a integrar o Tratado de Lisboa. Nessa medida, a solução acolhida pelo Acórdão já estava em certa medida vertida no preceito que está na génese do art. 83.º, n.º 2, do TFUE (competência anexa).

A literatura crítica que analisa o primeiro Ac. *Ambiente* aborda o argumento da cronologia em modos distintos. Por um lado, quem invoca a cronologia para criticar a

Tribunal exigiu muito pouco em termos de justificação para uma acção comunitária em matéria de direito penal do ambiente; bastou-se com remeter para os considerandos gerais do Conselho na decisão-quadro anulada.

⁶⁰⁹ G. TRIDIMAS e T. TRIDIMAS, “The European Court...”, p. 174 e 180.

posição do Tribunal, entendendo que o processo de ratificação do Tratado Constitucional estava suspenso, logo o Tribunal não devia ter subvertido o sentido desse posicionamento dos Estados, antecipando a vigência das normas sobre competência em matéria penal, *maxime* daquela que hoje constitui o art. 83.º, n.º 2. Por outro lado, quem invoca o argumento para apoiar o Acórdão, considerando que o TJ, naquele momento, como em tantos outros, procurou ser uma força de desbloqueio. Outros preferem assinalar de forma mais neutra um “movimento dialético entre os redactores do novo tratado e o Tribunal de Justiça”⁶¹⁰.

4. A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o princípio da subsidiariedade: *leading cases*

4.1. Nota geral e remissão

Não sendo possível, para além do que se referiu sobre os Acs. *Ambiente*, proceder a uma análise da jurisprudência em *contexto penal* que especificamente suscite o problema da subsidiariedade, afigura-se-nos oportuno apreciar a jurisprudência do TJ em matéria de subsidiariedade em geral.

Os Acórdãos mais relevantes em termos de controlo jurisdicional da subsidiariedade foram proferidos no contexto dos Processos C-84/94, C-233/94, C-377/98, C-491/01, C-103/01, C-154/04 (e apenso) e C-58/08⁶¹¹; e mais recentemente no âmbito do Processo C-358/14⁶¹². As matérias em causa são díspares, mas o seu reduzido número possibilita uma análise mais pormenorizada de cada caso.

⁶¹⁰ Veja-se expressivamente, em cada uma das três posições, M. L. DUARTE, “Tomemos a sério...”, em especial p. 368; M. SOUSA FERRO, “Acórdão C-176/03 do...”, em especial p. 211; P. ASP, *The Substantive Criminal...*, p. 38 e 39.

⁶¹¹ *Vd.* AcTJ, 12.11.1996, *Reino Unido/Conselho* (C-84/94) (cfr. ainda as Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 12.3.1996); AcTJ, 13.5.1997, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-233/94) (cfr. ainda as Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 10.12.1996); AcTJ, 9.10.2001, *Países Baixos/Parlamento e Conselho* (C-377/98) (cfr. ainda as Conclusões do AG F. G. Jacobs apresentadas em 14.6.2001); AcTJ, 10.12.2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01) (cfr. ainda as Conclusões do AG L. A. Geelhoed apresentadas em 10.9.2002); AcTJ, 22.5.2003, *Comissão/Alemanha* (C-103/01) (cfr. ainda as Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 10.12.2002); AcTJ, 12.7.2005, *Alliance for Natural Health e o.* (C-154/04 e apenso) (cfr. ainda as Conclusões do AG L. A. Geelhoed apresentadas em 5.4.2005); AcTJ, 8.6.2010, *Vodafone e o* (C-58/08) (cfr. ainda as Conclusões do AG M. Poiares Maduro apresentadas em 1.10.2009). Sobre este último caso em especial, A. BIONDI, “Subsidiarity in the...”, p. 218 e ss.; e M. BRENNCKE, “Case C-58/08, Vodafone...”.

⁶¹² AcTJ, 4.5.2016, *Polónia/Parlamento e Conselho* (C-358/14) (cfr. ainda as Conclusões da AG J. Kokott apresentadas em 23.12.2015).

Todavia, tratando-se de matéria algo alheia ao domínio penal, optamos por remeter o leitor, quanto à sistematização desses Acórdãos, para o Anexo III: nele consta uma recensão de todas as referidas decisões, com enunciação de algumas notas críticas. Assim, nesta sede, permitimo-nos avançar desde já para uma (breve) análise conclusiva e para a consideração de um caso pós-Tratado de Lisboa, por isso mais próximo do quadro jurídico vigente.

4.2. Breve análise crítica

Denota-se um certo desfasamento entre as análises doutrinárias dos anos 90 – manifestando algum optimismo quanto ao controlo a exercer pelo TJ e quanto ao potencial de esclarecimento interpretativo do princípio – e as análises posteriores que abordam alguma da jurisprudência que sobre ele se debruçou.

De facto, a doutrina que tem analisado a jurisprudência do TJ tem sido praticamente unânime em afirmar o parco compromisso do juiz comunitário quanto a uma análise aprofundada das medidas controvertidas à luz da subsidiariedade. Refere-se uma “*lightness of touch*”⁶¹³ ou uma “*approach of self-restraint on subsidiarity*”⁶¹⁴. JOSEPH H. H. WEILER sugeriu mesmo, como mecanismo compensatório desta fraca consideração pelo princípio, a criação de um Tribunal Constitucional Europeu⁶¹⁵.

TAKIS TRIDIMAS, entre outros Autores, assinala o facto de a jurisprudência demonstrar que o Tribunal trata a subsidiariedade como uma “*secondary part of its reasoning*”, secundarizando-a em prol de análises mais gerais sobre a base jurídica/competência e a proporcionalidade⁶¹⁶. Denota mesmo o contraste entre, por um

⁶¹³ D. CHALMERS, G. DAVIES e G. MONTI, *European Union Law...*, p. 364, mencionando o Processo C-377/98, mas referindo que o mesmo pode ser dito quanto aos casos C-84/94, C-491/01, C-154/04 e apenso. Também P. CRAIG, *EU Administrative Law...*, 2006, p. 426 e 427, referindo alguns dos casos mencionados *supra* (C-233/94, C-84/94, C-154/04 e apenso), fala de uma “‘light’ judicial approach to subsidiarity”.

⁶¹⁴ J. LOUIS, “National Parliaments and...”, p. 153.

⁶¹⁵ J. H. H. WEILER, “The European Union...”, p. 155, sublinhando a necessidade de restabelecer a confiança na inviolabilidade dos limites que circunscrevem as competências da União e dos EM, propôs a criação de um Tribunal Constitucional Europeu, com jurisdição sobre as questões de competência, incluindo a subsidiariedade. Este Tribunal, presidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça e integrado por juízes dos TC dos EM (ou seus equivalentes), decidiria sobre a legalidade de normas aprovadas mas ainda não em vigor. Na opinião do Autor, o TJ “*should welcome having this hot potato removed from its plate by an ex ante decision of other body with a jurisdiction limited to that preliminary issue*”.

⁶¹⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 183 e ss. (também, mais brevemente, em “Competence after Lisbon...”, p. 55). Cfr. ainda, para uma perspectiva muito crítica desta jurisprudência (em especial

lado, o controlo jurisdicional da proporcionalidade com o seu “*robust and structured enquiry*” (mesmo dentro do critério da ampla margem de discricionariedade deixada ao legislador), e por outro o facto de a subsidiariedade não ser “*a pillar of the Court’s reasoning*”.

De facto, a leitura integral dos Acórdãos referenciados *supra* permite-nos identificar algum desequilíbrio nas análises do Tribunal: extensas e desenvolvidas quanto a todos os aspectos relacionados com a correcção e adequação da base jurídica, e inclusive desenvolvidas quanto ao teste autónomo da proporcionalidade, mas muito breves, por vezes mesmo superficiais, quanto à análise da subsidiariedade (quer do ponto de vista procedimental, quer substantivo).

Todavia, outros Autores, como MARIA LUÍSA DUARTE, consideram que “o escasso número de acórdãos que, de forma mais ou menos desenvolvida, se referem ao princípio” pode ter uma explicação “plausível”: o esforço empreendido pelo decisor *comunitário* (Conselho, Comissão, Parlamento) no sentido de adequar o exercício das respectivas competências às exigências da subsidiariedade⁶¹⁷.

Por outro lado, pode assinalar-se a circunstância de o princípio da subsidiariedade ser especialmente *difficil* de controlar jurisdicionalmente sobretudo quando pensamos num controlo de natureza *substancial* necessariamente limitado ao caso do “erro manifesto”⁶¹⁸. Nessa medida, o princípio pode ter maiores possibilidades de desenvolvimento enquanto *norma de acção*.

Mas também é verdade que, do ponto de vista da exigência *procedimental*, não existem claras razões para que o Tribunal exija tão pouco das instituições quanto à fundamentação adequada das propostas. Ora, se o Tribunal define as exigências de fundamentação num patamar tão baixo, e mesmo em alguns casos em prejuízo das exigências já integradas desde o Protocolo de Amesterdão, as instituições podem ter uma tendência ao cumprimento pelos mínimos: comprova-o o facto de a Comissão

dos Acs. proferidos nos Processos C-84/94 e C-233/94), G. DE BÚRCA, “The Principle of...Actor”, p. 223 e ss.; “Proportionality and Subsidiarity...”, designadamente p. 106 e 107.

⁶¹⁷ Assim M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 810. Mas em sentido contrário, na linha dos Autores citados nas notas antecedentes, referindo que “há grande cepticismo sobre se o princípio da subsidiariedade tem tido um reflexo real na prática legislativa comunitária”, e apontando casos em que a apreciação da subsidiariedade é “decepcionante”, E. SPAVENTA, “O princípio da...”, p. 97 e ss.

⁶¹⁸ “...embora no princípio da subsidiariedade possa haver matéria sujeita a jurisdição, na prática há compreensíveis reticências do Tribunal em substituir o seu próprio juízo pelo das instituições, ou seja, em apreciar uma opção que é, em última análise, política” – cfr. E. SPAVENTA, “O princípio da...”, p. 102.

continuar a confiar na validade dos critérios, tão minimamente exigentes, formulados pelo Acórdão proferido nos processos C-233/94 e 377/98⁶¹⁹ ⁶²⁰.

DAMIAN CHALMERS, GARETH DAVIES e GIORGIO MONTI⁶²¹, aliás defensores de um controlo estritamente procedimental do princípio referem, analisando o Acórdão proferido no mencionado processo 233/94, que a “falha do Tribunal em levar a sério os argumentos da Alemanha neste caso é preocupante”. Na sua opinião crítica, o Acórdão sugere que o requerimento procedimental será considerado como cumprido mesmo quando não há evidências que permitam supor que as instituições tenham efectivamente analisado a medida controvertida à luz do princípio da subsidiariedade, e independentemente da circunstância de nenhuma parte dessa medida se referir especificamente a tal princípio.

Para além dessa parca exigência *procedimental*, o ponto sensível da jurisprudência analisada prende-se, a nosso ver, com a circunstância de o Tribunal ter em vários casos recorrido a um argumento *circular* ou *recursivo*: a acção comunitária traduzida na harmonização legislativa justifica-se por si mesma, uma vez que a harmonização implica necessariamente uma acção ao nível centralizado. Ou, na expressão-padrão tantas vezes utilizada, a harmonização *implica necessariamente uma acção de envergadura supranacional*⁶²².

Podendo tal consideração reputar-se de lógica, não é contudo de molde a justificar a acção *comunitária*. Com efeito, o que o Tribunal deve indagar é

⁶¹⁹ Cfr. COM (2013) 851 final – 27.11.2013 (resposta aos pareceres dos PN no caso da proposta da Procuradoria Europeia, já referenciado). D. WYATT, “Could a ‘yellow...’”, p. 12, assinala o facto de os textos das exposições de motivos, assim como os preâmbulos da legislação, conterem invariavelmente “*brief and self-serving references to subsidiarity*”, práticas que em sua opinião são encorajadas pela “*undemanding approach*” do TJ.

⁶²⁰ Relembrem-se excertos destes dois Acs.: “28. Resulta destas considerações que, de qualquer modo, o Parlamento e o Conselho especificaram as razões pelas quais consideravam que a sua acção estava em conformidade com o princípio da subsidiariedade e, portanto, cumpriram a obrigação de fundamentação, tal como está enunciada no artigo 190.º do Tratado. *A este respeito, não podia ser exigido que esse princípio fosse expressamente mencionado*” (C-233/94); “33. *A justificação do cumprimento do princípio da subsidiariedade é dada implícita mas necessariamente pelos considerandos 5, 6 e 7 da directiva que constata que, na ausência de uma intervenção comunitária, a evolução das legislações e práticas nacionais podem criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno. A directiva parece, assim, suficientemente fundamentada sobre este aspecto*” (C-377/98) (destaques nossos).

⁶²¹ D. CHALMERS, G. DAVIES e G. MONTI, *European Union Law...*, p. 364 a 366.

⁶²² Cite-se um exemplo: “47. (...) Tendo o Conselho verificado a necessidade de melhorar o nível existente da protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores e de harmonizar, no progresso [sic], as condições existentes neste domínio, *a realização desse objectivo através de prescrições mínimas implica necessariamente uma acção de envergadura comunitária* (C-84/94)”. E ainda as concretas palavras do AG no mesmo processo, recuperadas no corpo do texto: “seria ilusório esperar unicamente dos Estados-Membros a realização da harmonização esperada, uma vez que esta implica necessariamente uma acção de envergadura supranacional” (§ 129).

precisamente se a harmonização, portanto a acção supranacional, é justificada *in casu* à luz do objectivo final a alcançar⁶²³.

A harmonização não encontrará em si mesma, de forma circular ou recursiva, o seu próprio objectivo (*harmonizar porque há desarmonia*). Está-lhe subjacente um outro desiderato – a protecção da segurança e da saúde, o bom funcionamento do mercado interno, etc. – relativamente ao qual (ou aos quais) devem ser ponderados os critérios ou testes da *insuficiência* e da *eficácia* próprios da subsidiariedade.

Refere-nos GARETH DAVIES, a este propósito, referindo alguns dos Acórdãos já mencionados (por exemplo, os proferidos nos Processos C-84/94 e C-491/01), o seguinte⁶²⁴:

“Parece possível concluir que a subsidiariedade não tem qualquer relevância relativamente àquelas competências funcionais cujo objectivo é criar a uniformidade necessária para um mercado interno, pelo menos quando esteja em causa legislação comunitária. Os Estados-Membros nunca serão capazes de atingir os objectivos prosseguidos pela harmonização. Quando a uniformidade for necessária, apenas a Comissão será capaz de actuar. No entanto, isso é bizarro! É precisamente no âmbito das competências funcionais que a subsidiariedade é destinada a ser relevante. É a natureza destes “*purpose-defined powers*” que talha outras competências sectoriais nacionais, como os casos acima referidos demonstram. Por essa razão, as competências funcionais são vistas como competências partilhadas e foram definidas como tal na constituição. É no seu domínio que os poderes nacionais e comunitários se tornam inextricavelmente entrelaçados. A subsidiariedade é, então, suposto garantir que isto não significa uma opressão de uns pelos outros”.

Também TAKIS TRIDIMAS, abordando os casos C-377/98 e C-491/01, se mostra crítico do entendimento circular validado pelo Tribunal. Quanto ao primeiro caso, sustenta⁶²⁵:

“Este raciocínio é problemático. Em primeiro lugar, [o TJ] não aborda a questão de saber se o próprio objectivo de harmonizar as leis nacionais no domínio da

⁶²³ Como aliás sucedeu no âmbito do Ac. *Tobacco Advertisement*: AcTJ, 5.10.2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-376/98), em cujos termos há “que verificar se a directiva contribui efectivamente para a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços bem como para a supressão de distorções de concorrência” (§ 95, destaque nosso).

⁶²⁴ G. DAVIES, “Subsidiarity: the wrong...”, p. 73 a 75.

⁶²⁵ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 185 e ss.

protecção das invenções biotecnológicas satisfaz o teste da subsidiariedade. Por que razão deve esse objectivo ser prosseguido ao nível da Comunidade ao invés de ao nível nacional? O facto de a Comunidade ter competência para o prosseguir nos termos do artigo 95.º não significa necessariamente que a directiva em causa satisfaça o critério da subsidiariedade. Com efeito, o Tribunal equipara o teste da subsidiariedade com o teste da competência, recusando assim qualquer valor jurídico independente ao primeiro. Em segundo lugar, o Tribunal parece aceitar prontamente que o facto de a protecção de invenções biotecnológicas ter um efeito no comércio significa automaticamente um efeito no comércio intracomunitário, denegando assim qualquer papel à subsidiariedade, cuja função é precisamente, designadamente, estabelecer um limiar para a acção da Comunidade baseado, *inter alia*, na questão de saber se ‘a questão em apreço reveste de aspectos transnacionais’ [ver Protocolo de Amesterdão]”.

Relativamente ao segundo caso, reitera o mesmo entendimento, abordando aquele argumento circular. Mais assinala, no sentido que também apontamos (cfr. Anexo III), o seguinte:

“o TJCE não empregou um raciocínio distinto para lidar com o argumento da subsidiariedade. A questão de saber se a acção comunitária se justificava já tinha sido resolvida por via da decisão de que a directiva podia ser adoptada nos termos do artigo 95.º. No que respeita à intensidade da acção harmonizadora promovida, o TJCE assimilou a subsidiariedade à proporcionalidade e remeteu para o seu entendimento em relação a esta última”.

4.3. Acórdãos pós-Lisboa: mudança de paradigma?

Em 4 de Maio de 2016⁶²⁶, em recurso de anulação interposto pela República da Polónia contra determinados preceitos de uma directiva relativa à aproximação das disposições dos EM no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos de tabaco e produtos afins, foi proferido Acórdão que negou provimento ao recurso. A recorrente invocara a violação do art. 114.º do TFUE (ex-art. 95.º do TCE), do princípio da proporcionalidade e do princípio da subsidiariedade; em causa estava, no essencial, a proibição de produtos de tabaco mentolados. É interessante referir que a recorrente

⁶²⁶ AcTJ, 4.5.2016, *Polónia/Parlamento e Conselho* (C-358/14).

criticou a “fórmula tipo desprovida de qualquer alcance concreto face ao princípio da subsidiariedade” contida na justificação de subsidiariedade⁶²⁷.

É visível neste Acórdão o esforço do Tribunal em dar densidade ao princípio da subsidiariedade; isto apesar de a análise jurisdicional não ter ido tão longe quanto aquela promovida, de forma muito sistemática, pela AG J. Kokott nas suas Conclusões⁶²⁸. O Tribunal, embora conclua pela observância do princípio da subsidiariedade, aprofunda o nível de análise que dedica ao princípio. A sua apreciação neste caso, e quanto a este ponto, não está dotada do habitual laconismo – cfr., no que se segue, os § 111 a 126, com uma fundamentação mais extensa do que o habitual.

O Tribunal subdivide a sua análise, em sede de fiscalização de “segundo momento” (referindo-se ao controlo prévio dos Parlamentos nacionais), em duas partes distintas: uma dedicada às “condições de fundo” do art. 5.º, n.º 3, do TUE, e outra às “garantias processuais” previstas no Protocolo.

Quanto à primeira parte, analisa a questão da *insuficiência* da acção dos Estados e da *mais-valia* da acção da União, parecendo ir mais longe na fundamentação do que aquilo que era habitual em processos análogos. O Tribunal, preocupando-se em determinar com exactidão os *objectivos* da medida, pondera a interdependência entre os objectivos por ela visados (bom funcionamento do mercado interno dos produtos do tabaco e afins e protecção da saúde humana), por forma a avaliar da conformidade com os testes negativo e positivo próprios da subsidiariedade.

No entanto, a verdade é que essa análise não chega na prática muito além, uma vez que o Tribunal utiliza – ao que nos parece pela primeira vez no contexto da análise da subsidiariedade – a pauta do “erro manifesto” frequentemente aplicada em sede de apreciação da proporcionalidade. Embora sem formular expressamente essa doutrina, o Tribunal considera que “[r]esulta da interdependência dos dois objectivos [mercado e saúde] (...) que o legislador da União *podia legitimamente entender* que a sua acção devia incluir a instauração de um regime de comercialização da União dos produtos do tabaco com um aroma distintivo e que, devido a essa interdependência, esse duplo objectivo podia ser mais bem realizado a nível da União” (destaque nosso).

⁶²⁷ Dispõe o considerando 60 da directiva: “(60) Atendendo a que os objectivos da presente directiva, a saber, aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos [EM] (...) não podem ser suficientemente alcançados pelos [EM], mas podem, devido à sua dimensão e aos seus efeitos, ser mais bem alcançados ao nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do TUE”.

⁶²⁸ Cfr. as Conclusões da AG J. Kokott, apresentadas em 23.12.2015.

Já do ponto de vista procedimental, o Acórdão desilude manifestamente quanto à análise das “garantias processuais previstas [no] protocolo”, na medida em que, embora sem remeter expressamente para os Acórdãos proferidos nos Processos C-233/94 e C-377/98 (como expressamente fizera a AG), aceita os respectivos parâmetros de fiscalização.

Ou seja, aceita que a fundamentação da subsidiariedade não tem especialidades quando comparada com o dever geral de fundamentação e pode até estar *implícita* nas considerações do legislador. Para o Tribunal, “o respeito do dever de fundamentação não deve ser apreciado só à luz da letra do acto recorrido mas também do seu contexto e das circunstâncias do caso”, concluindo *in casu*, embora sem pormenorizar em que pontos encontrou essa justificação, que a proposta e a análise de impacto “contêm suficientes elementos que revelam de forma clara e inequívoca as vantagens ligadas a uma acção a nível da União em vez de a nível dos Estados-Membros”.

Ora, considerando que o Tribunal determinou o controlo substancial (“condições de fundo”) do princípio da subsidiariedade a partir do parâmetro do “erro manifesto” – o que acaba por redundar numa revisão jurisprudencial minimal ao nível substantivo – seria de esperar que garantisse, pelo menos, um grau de exigência maior na dimensão procedimental do princípio.

Mais se refira com relevo que o TJ parece não tirar ilações do controlo exercido pelos Parlamentos nacionais quanto a esta medida (existiram 9 *RO*, incluindo a do Parlamento português *supra* referida): limita-se a enunciar que “[a] fiscalização do respeito do princípio da subsidiariedade é exercida, num primeiro momento, a nível político, pelos parlamentos nacionais”⁶²⁹.

As Conclusões da AG consubstanciam aquela que nos parece ser, em termos de “peças processuais”, a análise mais aprofundada sobre o princípio da subsidiariedade, com relevo inclusive no específico contexto da harmonização do direito penal substantivo⁶³⁰. Trata-se de um bom guião para a aplicação do princípio.

⁶²⁹ Já a AG J. Kokott refere o facto de vários PN terem apresentado pareceres fundamentados, mas entende ser de desconsiderar os seus argumentos por duas razões: porque não foram em suficiente número para desencadear o “cartão amarelo” e porque as objecções se basearam “menos numa apreciação jurídica do que política do projecto”

⁶³⁰ Isto sem desconsiderar o claro progresso que já manifestavam as conclusões do AG M. Poiares Maduro no âmbito do Processo C-58/08 (cfr. Anexo III).

Destacam-se as seguintes considerações da AG, permitindo a enunciação de algumas teses gerais de interesse transversal, não limitadas ao caso das medidas adoptadas no contexto do art. 114.º do TFUE (cfr., em especial, § 137 a 188):

i) a fiscalização abrange a “compatibilidade material” dos actos com o princípio e a “sua fundamentação à luz desse princípio”;

ii) a subsidiariedade integra um “teste de duas fases”: “*componente negativo* do teste” e “*componente positivo* do teste”;

iii) “a verificação dos requisitos do recurso ao artigo 114.º do TFUE como base jurídica para a adopção de medidas de harmonização do mercado interno não basta para satisfazer os critérios deste teste” – existe alguma similitude, mas não coincidência plena, entre as considerações pertinentes para um (competência) e outro (subsidiariedade) exercício;

iv) o exercício das competências da União “envolve decisões políticas, económicas ou sociais que implicam apreciações e avaliações complexas”, que só podem ser “controladas judicialmente de modo limitado”;

v) todavia, “[u]m controlo jurisdicional mais rigoroso da subsidiariedade pode ser necessário quando um acto da União afecte, excepcionalmente, questões da identidade nacional dos Estados-Membros (artigo 4.º, n.º 2, TUE)” (destaque nosso)⁶³¹;

vi) no contexto do “componente negativo”, há que considerar a “capacidade técnica e financeira dos Estados-Membros”, “se estão em jogo peculiaridades nacionais, regionais ou locais” (caso em que “será preferível uma intervenção a nível dos Estados-Membros e o assunto deverá ser tratado por autoridades que estejam mais próximas e disponham de mais conhecimentos sobre os efeitos das medidas a tomar”), “se o problema que se pretende resolver (...) tem um alcance transfronteiriço que, logicamente, não pode ser abordado eficazmente a nível nacional, regional ou local”⁶³²;

vii) no contexto do “componente positivo”, “cabe perguntar se a actuação das instituições da União apresenta um *valor acrescentado* no sentido de o interesse geral da União poder ser melhor servido com uma medida a nível da União do que com medidas tomadas a nível dos Estados-Membros”, sendo que “existe uma forte presunção de um valor acrescentado das acções a nível da União, quando o acto da União em causa visa solucionar problemas com dimensão transfronteiriça”;

viii) não obstante, não basta “uma relação com o mercado interno”, “[é] preciso saber se, quantitativa e qualitativamente a acção da União tem um valor acrescentado”, caso contrário o princípio “seria privado de grande parte da sua importância prática”;

⁶³¹ Trata-se de uma adaptação do Ac. *Digital Rights Ireland*, a analisar na Parte III.

⁶³² A AG considera este “um dos principais indícios de verificação do componente negativo do teste da subsidiariedade”. Neste sentido, aproxima-se do AG M. Poiares Maduro nas conclusões *supra* citadas.

ix) nessa análise, a apreciação atende aos objectivos da União e tem em conta “os valores fundamentais em que a União se funda, nos termos do artigo 2.º TUE”;

x) “a situação individual de um ou outro Estado-Membro não é, em regra, relevante”, mas a “*situação pode ser diferente quando as medidas a tomar pelas instituições da União afectam a identidade nacional de um Estado-Membro (artigo 4.º, n.º 2, TUE) ou os seus interesses fundamentais*” (destaque nosso);

xi) as obrigações internacionais, como as que derivam da existência de Convenções, “deve[m] também ser equacionada[s] ao examinar a questão de saber se e de que maneira as instituições da União devem exercer as suas competências”.

Sem prejuízo da sua profundidade, as Conclusões da AG merecem, tal como o Acórdão, alguma reserva relativamente à análise do específico requisito procedimental. Com efeito, a AG aceita que a fundamentação da subsidiariedade não tem especialidades quando comparada com o dever geral de fundamentação e pode até estar *implícita* nas considerações do legislador europeu (o princípio não tem de estar expressamente referido, alega). E chega mesmo a remeter expressamente para a doutrina dos Acórdãos proferidos nos Processos C-233/94 e C-377/98 (pré-Protocolo de Amesterdão) para sustentar essa conclusão.

Assim, e apesar de recusar valor ao considerando da proposta que integra a análise da subsidiariedade por ser uma fórmula meramente “retórica”⁶³³, considera que a proposta, bem como a análise de impacto, integrava outras considerações de onde é globalmente possível inferir da efectiva ponderação da subsidiariedade.

De qualquer forma, a AG recomenda “vivamente ao legislador da União que se abstenha no futuro de formulações retóricas como as que constam do considerando 60 da Directiva e, em vez disso, inclua nos preâmbulos dos seus actos considerações suficientemente circunstanciadas e mais adequadas às medidas em causa, em relação com o princípio da subsidiariedade”. Mas não retira consequências jurídico-processuais da crítica que vai implícita à reserva assim formulada.

⁶³³ A AG considera mesmo que tal “fórmula *standard*” “não permite reconhecer claramente que reflexões foram por ele [pelo legislador] feitas de modo específico sobre a problemática da subsidiariedade nem a intensidade com que analisou esta questão”.

4.º CAPÍTULO – REFLEXÃO CRÍTICA: DA SUBSIDIARIEDADE *JUS-COMUNITÁRIA* À SUBSIDIARIEDADE *JUS-CRIMINAL* (DUPLA SUBSIDIARIEDADE?)

1. A subsidiariedade *jus-comunitária* em contexto penal: apreciação geral

Existe um relativo consenso em torno da ideia segundo a qual o princípio da subsidiariedade, entendido como um princípio constitucional da União, a relevar enquanto *norma de acção* e *norma de controlo* político (ao nível parlamentar nacional) e jurisdicional, é especialmente relevante no domínio do direito penal europeu⁶³⁴.

Como refere PETTER ASP, “deverá ser bastante evidente que a relativa importância do princípio da subsidiariedade é maior no direito penal”⁶³⁵. Por essa razão, o princípio da subsidiariedade surge no *Manifesto on European Criminal Policy* ao lado de princípios de política criminal tão relevantes quanto os princípios da *ultima ratio*, da *nulla poena sine culpa* ou da legalidade⁶³⁶. Aliás, o princípio *jus-comunitário* da subsidiariedade surge mesmo identificado no referido *Manifesto*, em termos não isentos de dúvida, como um princípio de *política criminal*⁶³⁷.

As próprias instituições europeias (Comissão, Conselho e PE), nos seus documentos-chave sobre a política criminal europeia⁶³⁸, deixaram bem demarcada essa relação entre a subsidiariedade e o direito penal. Aliás, já em 1992 a Comissão, fazendo ressaltar a flexibilidade ou dinamismo do princípio, assinalava que a relevância do

⁶³⁴ Esse consenso infere-se da doutrina que se tem pronunciado sobre a *subsidiariedade em contexto penal*, que todavia não é abundante. O princípio da subsidiariedade é profusamente tratado na doutrina: as referências que se foram citando ao longo do Capítulo que antecede comprovam-no. Mas a *subsidiariedade em contexto penal* não tem merecido a mesma atenção. Tivemos oportunidade de referir esses trabalhos na Introdução.

⁶³⁵ P. ASP, “The Importance of...”, p. 48. Mas reconhecendo algumas das suas insuficiências, P. DE HERT e I. WIECZOREK, “Testing the Principle...”; ainda M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*, em especial p. 432 e ss.

⁶³⁶ Cfr. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 91, ponto 5. (I.): “The principle of subsidiarity is of special importance in the area of criminal law, since criminal law is also a value system, and as such it is a component part of the ‘national identities’ of the Member states, which must be respected by the Union in accordance with Art. 4 (2) of the Treaty on European Union” (cfr. ponto 5). Todavia, o *Manifesto* não desenvolve o princípio, tendo já sido criticado por isso – cfr. M. MORALES ROMERO, “Conference Proceedings: Workshop...”, p. 82 e 83.

⁶³⁷ A assinalada dúvida prende-se com o facto de, em nossa opinião, apesar da existência de um princípio *jus-criminal* de subsidiariedade a merecer tal qualificação, o (diverso) princípio da subsidiariedade enquanto *princípio regulador do exercício de competências* da União ter relevo noutra perspectiva: ao nível da distribuição de poderes entre a União e os EM.

⁶³⁸ Cfr. COM (2011) 573 final – 20.9.2011; 16542/2/09 – 27.11.2009; 2010/2310 (INI) – 22.5.2012.

princípio da subsidiariedade, e a pertinência da sua aplicação, era susceptível de variar consoante o domínio de acção concretamente em causa.

Em termos que já se deixaram mencionados no 1.º Capítulo, nesse documento referia-se que o princípio da subsidiariedade não se aplica da mesma forma relativamente a todos os objectivos definidos nos Tratados e que os constrangimentos em cujo contexto operam as instituições, e os instrumentos que lhes estão disponíveis, variam conforme as responsabilidades atribuídas à Comunidade⁶³⁹. A validar a asserção: a subsidiariedade *lê-se em contexto*, não obstante a necessidade de desenvolver alguns parâmetros interpretativos gerais operativos. Afirmando-se a especialidade do direito penal nesta dialética com a lei europeia, reconhecer-se-ia a especialidade da subsidiariedade no contexto penal.

O próprio Tratado de Lisboa encarregou-se de sublinhar a importância do princípio neste específico domínio, essencialmente por via do disposto no art. 69.º do TFUE (*reforço* do que genericamente já resultava dos arts. 5.º, n.º 3, e 12.º, do TUE) e da especialidade contida no Protocolo relativamente aos projectos de actos legislativos apresentados com base nos Capítulos 4 e 5, concretamente quanto ao número de pareceres necessários para desencadear o designado “cartão amarelo”.

Sem prejuízo de tais considerações, cumpre deixar igualmente sublinhado que a compreensão do direito penal como um *caso especial* não significa pretender uma subversão da teoria e da doutrina europeia estabilizadas, preocupação que nos parece evidenciada no 1.º Capítulo. Significa, isso sim, um ajustar, uma *mútua adaptação*, o que no caso do princípio da subsidiariedade *em contexto* poderá ser consentido pela respectiva infixidez.

Nessa medida, são acertadas as palavras de FAUSTO DE QUADROS: “[a] aplicação do princípio da subsidiariedade não pode ser realizada nem com vista a entrar o progresso da integração europeia e a prossecução dos objectivos impostos pelos Tratados nem com o intuito de dissolver e destruir no conjunto da União a identidade nacional (inclusive cultural e política) dos Estados membros e dos seus povos”⁶⁴⁰.

Aliás, mesmo visões muito cautelosas quanto à intervenção do direito da União no domínio penal, como é o caso daquela que subjaz ao Acórdão do TC Alemão sobre o Tratado de Lisboa, não deixam de assinalar que a União política significa o exercício

⁶³⁹ SEC (92) 1990 final, p. 5 e 10 do Anexo.

⁶⁴⁰ F. DE QUADROS, “O princípio da...”, p. 238.

conjunto de autoridade política, incluindo a legislativa, mesmo que atingindo áreas tradicionais de competências estadual; tal perspectiva tem origem na ideia europeia de paz e unificação especialmente quando estejam em causa aspectos *transnacionais* da vida em comum, quando se trate de garantir o mercado único e ainda de garantir uma área comum de justiça onde os cidadãos da União possam desenvolver-se em liberdade (cfr. § 248 do referido Acórdão).

Apesar da assinalável importância da subsidiariedade, que aliás perpassa a lógica do Tratado, também é verdade que a análise que antecede, tanto no que respeita à configuração do princípio como *norma de acção*, como à configuração do princípio enquanto *norma de controlo* (parlamentar e jurisdicional), não deixa de evidenciar algumas limitações ou constrangimentos.

Se uma perspectiva mais teórica do princípio, que analise a sua importância na lógica da evolução dos Tratados e dos procedimentos neles previstos a partir de uma consideração *estática* do respectivo quadro normativo, possibilita enaltecer as suas virtualidades aplicativas num domínio tão sensível como o que está em causa, o certo é que a *dinâmica* da sua aplicação traz consigo uma percepção algo desconcertante quanto às reais valências do princípio. E isto talvez por estar em causa um quadro de competências que é, em si mesmo, já algo restritivo.

Aliás, a propósito do que se refere, não se nos afigura desajustado associar à modelação da competência da União no domínio penal, rodeada das relevantes cautelas analisadas na Parte I, o *conceito ou ideia de subsidiariedade* enquanto critério de densificação que condiciona a repartição vertical de competências (cfr. *supra*, 1.º Capítulo, ponto 4.1., desta Parte II, com referência ao entendimento de MARIA LUÍSA DUARTE)⁶⁴¹.

2. A subsidiariedade *jus-comunitária* em contexto penal: as dificuldades (superáveis?)

Pese embora o esforço que possa ser promovido para o compreender e interpretar a partir de certas directrizes (meramente) orientadoras (cfr. 1.º Capítulo), o

⁶⁴¹ Veja-se a este propósito M. HUOMO-KETTUNEN, “EU Criminal Policy...”, p. 315, considerando que o designado travão de emergência pode ser visto como “*a derivative of the subsidiarity principle control*”.

princípio da subsidiariedade é pautado pelas dificuldades da sua concretização. Trata-se de princípio frequentemente caracterizado como vago, impreciso, dinâmico e de limites difíceis de conter em pautas gerais. A sua natureza, quanto a um eventual carácter centralizador ou descentralizador, é também dúbia; isto apesar de a evolução histórica que deixámos enunciada, associada à circunstância de o princípio vir fortemente conectado com a ideia de *proximidade* entre os cidadãos e as decisões, parecer apontar genericamente para a ideia *descentralizadora*, i.e., de favorecimento do espaço decisório nacional e, assim, da autonomia dos EM⁶⁴².

Sem prejuízo da sua previsão normativa e da sua compreensão enquanto princípio constitucional da União, e sem prejuízo ainda da respectiva sujeição a controlo jurisdicional, a força vinculativa da subsidiariedade está também muito condicionada pelo “elevado nível de discricionariedade política da avaliação”⁶⁴³ associada aos seus testes. A tornar difícil o controlo jurisdicional, essencialmente limitado ao caso de erro manifesto (isto sem prejuízo da identificação de entropias, muito próprias, da jurisprudência sobre subsidiariedade).

Apesar destas características e inerentes dificuldades, parece existir espaço para melhorias na sua aplicação, desde logo a partir da recusa do argumento circular, recusa essa bem evidenciada designadamente nos pareceres alemães (*Budestag* e *Bundesrat*) apresentados em face da “proposta de directiva abuso de mercado”.

Com efeito, *se a harmonização for perspectivada como um fim em si mesma*, facilmente se constata que a subsidiariedade não assume qualquer papel: em face da comprovada disparidade legislativa entre os EM, apenas a União poderá actuar por forma a resolver essa desarmonia, *harmonizando*. A norma de competência, ao admitir a acção da União nesse domínio, tornar-se-ia suficiente por si só. Esse argumento circular, objecto de crítica ao longo da análise *supra*, consta com frequência da exposição de motivos das propostas harmonizadoras, de pareceres dos Parlamentos nacionais e da própria jurisprudência do TJ proferida no contexto de diversas políticas objecto de harmonização legislativa.

⁶⁴² Afirma M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 150, naquele sentido que “*le decisioni che riguardano i cittadini debbano essere preferibilmente e prioritariamente assunte da organismi in prossimità democratica rispetto ai destinatari*”. Cfr. ainda o preâmbulo do TUE.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 160. Mas o Autor também adverte que tal problema não é exclusivo do *foro* europeu, antes se manifesta também em sede de controlo da constitucionalidade ao nível nacional, referindo-se ao “*limite estremo di sindacabilità delle scelte legislative*”.

Ora, à pergunta sobre a *necessidade e objectivo* da harmonização não deve ser considerada suficiente uma resposta do tipo “harmoniza-se porque há desarmonia”. Com efeito, cumprirá exigir a explicitação de uma razão mais profunda para a harmonização penal e para o sentido com que é realizada. Como afirma PEDRO CAEIRO, “a aproximação / harmonização das legislações é uma competência (‘não é um fim em si mesma’)”⁶⁴⁴.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁶⁴⁵ identifica a harmonização como implicando “uma actividade legislativa dos Estados-Membros, quer ‘adaptando’ (implicando um ‘alargamento’ de) uma norma penal já existente, quer criando uma nova, quer, finalmente, prevendo a aplicação de penas para sancionar certos comportamentos, para cumprir o mandato comunitário”. E ressalva: “não se quer significar, diga-se desde já, que a harmonização seja ‘um fim em si mesmo’” (embora “[i]sto não afast[e] o carácter ‘autónomo’ de que se deve revestir a harmonização”). Também ANDRÉ KLIP refere que a harmonização e a prevenção de disparidades entre os EM “*are not a goal in itself*”⁶⁴⁶.

Harmonizar, ao nível da União, não consiste sequer necessariamente numa síntese dos sistemas jurídicos nacionais até então dispersos ou fragmentados; pressupõe antes, e isso é visível no texto das propostas (que tantas vezes reclamam um sancionamento “mais severo”), certas opções de política criminal da União cuja *ratio* deve estar centrada na necessidade de proteger certos bens jurídicos com dignidade penal e carentes desse *concreto nível* de tutela penal harmonizada/uniformizada.

Com efeito, voltando a recorrer às esclarecedoras palavras de MASSIMO DONINI, a política criminal europeia conduz “necessariamente a uma expansão (pequena ou grande) do direito penal (nacional), ao invés de a uma sua verdadeira substituição, salvo nos casos em que os Estados-Membros já tenham adoptado soluções penais ‘*europeisticamente*’ conformes”⁶⁴⁷.

Se o único argumento da harmonização se fundasse na desarmonia, seria até duvidosa a eficácia da medida sempre que ela previsse (preveja) *regras mínimas* por via de directivas, pressuposto em que assenta a competência penal da União ao abrigo do art. 83.º, n.ºs 1 e 2; seria sempre duvidoso o valor acrescentado da intervenção da União.

Note-se que por exemplo no caso da “proposta de directiva abuso de mercado”, o contributo da *Chambre des représentants* belga ressalta o facto de os EM poderem

⁶⁴⁴ P. CAEIRO, “A jurisdição penal...”, p. 187.

⁶⁴⁵ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 94 e 95.

⁶⁴⁶ A. KLIP, “European Criminal Policy”, p. 7 e 8.

⁶⁴⁷ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 171.

adoptar normas penais mais severas⁶⁴⁸; a própria Comissão, na sua carta de resposta, o confirma⁶⁴⁹. A análise promovida no Capítulo 2.º da Parte I, quanto à noção de “regras mínimas”, demonstra-o amplamente.

Sendo assim, a disparidade entre as leis dos EM pode continuar a existir *apesar* da harmonização – existirão sempre sistemas punitivos mais severos do que outros. Por outro lado, a parte geral dos Códigos Penais dos EM garante a persistência de diversas desarmonias⁶⁵⁰. Mais se refira que muitos dos instrumentos aprovados, na parte referente às regras mínimas quanto à definição de sanções, se limitam à enunciação do critério definido no Ac. *Milho Grego*: “sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas”, sem maior definição⁶⁵¹. E mesmo quando está em causa a aprovação de *limites mínimos da pena máxima*, “*it would be wrong to confuse nominal equivalence of the sentence with material equivalence of the penalty*”⁶⁵².

⁶⁴⁸ Lê-se nesse contributo: “*Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions pénales plus strictes pour les abus de marché. Ceci est important puisque la Belgique dispose actuellement déjà d’instruments mis à disposition de la FSMA ainsi que d’une législation et d’une réglementation permettent de réaliser les objectifs du projet de directive, à savoir établir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l’égard du délit d’initiés. Ces instruments et la hauteur des sanctions prévues ne seront pas affaiblis par la directive d’une part et les propositions belges visant à renforcer certaines sanctions resteront possibles*”.

⁶⁴⁹ C(2012) 5625 final: “*The Commission would like to reassure (...) that the Directive only establishes minimum rules and that Member States will be free to adopt or maintain more stringent rules*”.

⁶⁵⁰ Sobre a questão, referindo-se ao facto de a Comissão negligenciar o tema da parte geral, A. KLIP, “The Substantive Criminal...”, p. 371. O Autor, tendo em conta a “proposta de directiva PIF”, afirma: “*In its proposal, the Commission repeats its view that divergence in adopting rules is one of the causes of a lack of enforcement. There is no empirical evidence that this is the case. Even stronger, there is no evidence that divergence in implementation may cause problems in cooperation between the Member States. The fact that the question of the substantive criminal law jurisdiction is more than a discussion of offence definition and also involves the general part has thus far been seriously neglected by the Commission*”. O Autor assinala ainda, quanto às sanções harmonizadas: “*In Article 8 of the proposal, minimum sanctions are proposed. Again the presumption is that through the application of the same sanction an effective and equivalent protection will result. This presumption is erroneous as it presumes that all other circumstances are also the same in the Member States*”. Sem prejuízo do exposto, para indicações de jurisprudência do TJ que tem incidido sobre questões atinentes à parte geral, cfr. S. MELANDER, “Effectiveness in EU...”, p. 293 e ss., com exemplos dos Acs. *Interanko* e *Spector Photo*. Veja-se o AcTJ, 3.6.2008, *Intertanko e o.* (C-308/06), no qual designadamente se pode ler: “...o conceito de ‘negligência grave’, na acepção do artigo 4.º da Directiva 2005/35, deve ser entendido no sentido de que implica uma acção ou omissão involuntária, através da qual a pessoa responsável viola, de forma caracterizada, o dever de diligência que deveria e teria podido respeitar tendo em conta as suas qualidades, os seus conhecimentos, as suas aptidões e a sua situação individual” (§ 77); ainda o AcTJ, 23.12.2009, *Spector Photo Group e Van Raemdonck* (C-45/08) (vejam-se, designadamente, e em conjugação, os § 42 e 62 sobre *responsabilidade objectiva*).

⁶⁵¹ Numa perspectiva crítica, e considerando que o critério é “*of little use in abstracto*” e que à Comissão será impossível monitorizar o seu cumprimento, A. KLIP, “European Criminal Policy”, p. 9. Para uma análise aprofundada das limitações da harmonização, apontando algumas razões explicativas, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*, p. 38 e ss.

⁶⁵² A. KLIP, *European Criminal Law*, p. 40.

A argumentação circular constante de algumas exposições de motivos e reiterada em algumas das respostas dirigidas aos Parlamentos nacionais, ademais aceite por alguns desses Parlamentos, e em ocasiões validada pelo TJ, não pode servir por si mesma. DERRICK WYATT, a propósito deste argumento circular, considera-o passível de crítica severa, já que interpretar o princípio da subsidiariedade como implicando um teste, atinente ao exercício das competências da União, que todas as medidas legislativas europeias estão destinadas a superar, privaria o princípio do seu efeito útil⁶⁵³.

Para o Autor, e uma vez que a legislação da União “*by its very nature produces a Community-wide legal outcome*”, o argumento circular não serve. Assim, em seu entender, a principal tarefa da subsidiariedade é distinguir entre medidas “*whose objectives will (by definition) produce a Community wide outcome, from proposed measures which must produce a Community wide outcome if their objectives are to be achieved*”.

O Autor propõe assim um conteúdo substantivo para a subsidiariedade, esclarecendo que “nos domínios de competência não exclusiva, a União deve actuar apenas, e tão só, nos casos em que os objectivos da acção proposta só possam ser alcançados através de uma acção ao nível comunitário [*“Community wide action”*]: nessas circunstâncias, os objectivos em causa não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, e podem ser melhor alcançados pela União”. A harmonização – “*wide action*” – é o meio e não o objectivo. Mais uma vez, como afirmado, “a aproximação / harmonização das legislações é uma competência (‘não é um fim em si mesma’)”⁶⁵⁴.

Também MASSIMO DONINI, pronunciando-se sobre a subsidiariedade *jus-comunitária* e em concreto sobre a “melhor capacidade de intervenção da legislação comunitária”, afirma a exigência de “testes centrados e específicos”; mais referindo que tal não pode ser considerado como *implícito* ao nível europeu, já que, nesse caso, “toda a avaliação da subsidiariedade seria reduzida a uma ficção”⁶⁵⁵. Em geral sobre as exigências da subsidiariedade, refere de forma esclarecedora que “para além do limite da proporcionalidade, a legislação comunitária encontra ainda uma ulterior demarcação, representada pela exigência de que só a intervenção ao nível comunitário possa conferir

⁶⁵³ D. WYATT, “Could a ‘yellow...”, p. 5 a 8, neste parágrafo e nos dois que se seguem.

⁶⁵⁴ P. CAEIRO, “A jurisdição penal...”, p. 187.

⁶⁵⁵ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 159 e 155.

aos interesses a proteger uma adequada tutela, que seria insuficiente se deixada aos Estados individualmente considerados”.

Em face do exposto, a dimensão procedimental da subsidiariedade surge com manifesta importância, ressaltando a necessidade de que as exigências de fundamentação sejam *levadas a sério* pelo legislador europeu, inclusive através do recurso aos dados e conclusões de avaliação e prova empírica (*indicadores qualitativos e quantitativos*). E ainda naturalmente pelo TJUE em sede de controlo da actuação daquele legislador.

Sendo certo que revelámos *supra* (cfr., em especial, 3.º Capítulo e Anexo III) alguma desilusão com o parâmetro jurisprudencial estabelecido em termos de exigências de fundamentação da *subsidiariedade*, a leitura complementar da jurisprudência sobre *proporcionalidade* permite porventura suavizar essa preocupação. Assim queira o TJUE fazer estender as exigências de fundamentação da proporcionalidade, expressas em dois seus Acórdãos relevantes, à subsidiariedade. Referimos os casos *Espanha/Conselho* e *Jippes*⁶⁵⁶.

No Ac. *Espanha/Conselho* (foi proferido depois de *Jippes*, mas afigura-se-nos mais expressivo), o Tribunal determina a anulação de certas medidas relacionadas com os regimes de apoio directo no âmbito da PAC.

O Tribunal começa por declarar a exigência de que “as instituições comunitárias, autoras do acto em causa, estejam em condições de demonstrar ao Tribunal de Justiça que o acto foi adoptado mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, que pressupõe a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes da situação que esse acto pretendeu regular” (§ 122). No entender do Tribunal, “[d]aí resulta que essas instituições devem, pelo menos, poder apresentar e expor de forma clara e inequívoca os dados de base que tiveram de ser tidos em conta para fundamentar as medidas contestadas desse acto e de que dependia o exercício do seu poder de apreciação”. E conclui ser “forçoso reconhecer que o Conselho, autor do Regulamento (...), não demonstrou ao Tribunal que o novo regime de ajuda ao algodão instituído por este regulamento tinha sido adoptado mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, que *implicava a tomada em*

⁶⁵⁶ AcTJ, 7.9.2006, *Espanha/Conselho* (C-310/04); AcTJ, 12.7.2001, *Jippes e o.* (C-189/01). Sobre este último caso, e considerando-o exemplo de uma situação em que o Tribunal, embora usando a pauta do “carácter manifestamente inadequado da medida” e concluindo pela não violação do princípio da proporcionalidade, examina com detalhe os fundamentos por detrás da medida contestada, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 662. O Autor analisa um conjunto de casos em que se verifica, na sua opinião, “*the conjunction between low intensity proportionality review and judicial willingness nonetheless to examine in detail the contested measure*”.

consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes do caso em apreço (...)” (§133, destaque nosso).

Ora, “os dados apresentados pelas instituições comunitárias não permitem ao Tribunal de Justiça verificar se o legislador comunitário pôde, sem ultrapassar os limites do amplo poder de apreciação de que dispõe na matéria, chegar à conclusão de que a fixação do montante da ajuda específica ao algodão em 35% do total das ajudas existentes no regime de ajuda anterior basta para garantir o objectivo (...), que é assegurar a rentabilidade e, portanto, o prosseguimento dessa cultura (...)” (§ 134, destaque nosso).

Mas mesmo que haja espaço para melhoria na aplicação (substantiva e procedimental) e controlo do princípio da subsidiariedade, como entendemos existir, o certo é que nos parece também forçoso reconhecer algumas limitações quanto à sua plena aplicabilidade no domínio da harmonização do direito penal substantivo que deriva do disposto no art. 83.º, n.º 1, do TFUE.

Com efeito, a norma de competência já integra em si mesma o parâmetro, associado à subsidiariedade desde os critérios de Edimburgo e aliás consagrado no Protocolo de Amesterdão, da *transnacionalidade* da questão em apreço⁶⁵⁷ — *criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça*. Ou seja, é a própria norma de competência que não permite ao legislador europeu actuar para além desse pressuposto.

Todavia, é também importante denotar que a norma de competência contida no art. 83.º, n.º 1, é muito abrangente quanto à *dimensão transfronteiriça da criminalidade* assim exigida: nos termos assinalados no 2.º Capítulo da Parte I, parece bastar, para activar a competência prevista, a “*especial necessidade de a combater, assente em bases comuns*”.

Aliás, mesmo no caso da *dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências das infracções*, o certo é que actuando a harmonização ao nível da descrição da matéria proibida, e transpondo os EM essa descrição para os tipos penais nacionais, a *fattispecie* nacional passará a abranger casos que podem ter uma dimensão exclusivamente nacional (ex.: poderá até não existir dúvida quanto à consideração do *tráfico de seres humanos* como incluído naquela noção do art. 83.º, n.º 1, mas podem

⁶⁵⁷ Cfr. Protocolo de Amesterdão, ponto 5.

perspectivar-se casos de tráfico com uma natureza e incidência exclusivamente nacional, que passarão a ser punidos de acordo com a “modelação” europeia).

Por outro lado, e a propósito das referidas limitações quanto à plena aplicabilidade e valência do princípio, a norma de competência (art. 83.º) também específica, para além do requisito das regras mínimas, que o legislador apenas pode dispor do instrumento directiva. Dispensa-se, pelo menos quanto ao instrumento harmonizador, a ponderação da proporcionalidade “*competencial*” tão umbilicalmente relacionada com a subsidiariedade – a própria norma define o instrumento admissível.

Ao exposto vem acrescer a circunstância de o próprio catálogo contido no art. 83.º, n.º 1, ter a especialidade de integrar domínios da criminalidade objecto de iniciativas harmonizadoras em outros *fora, maxime* no contexto do Conselho da Europa, evidenciando um ponto de partida desfavorável à autonomia dos EM.

Como refere MARTA DE MORALES ROMERO, as áreas em que a União decidiu intervir são domínios em que já existem normativos internacionais (das Nações Unidas ou da OCDE) e europeus (do Conselho Europeu), ou seja, que “não vêm do nada” e cuja necessidade de intervenção se constatou teoricamente, em melhor ou pior medida, a esse nível internacional ou supranacional⁶⁵⁸. No mesmo sentido se pronuncia também o *Manifesto on European Criminal Policy*⁶⁵⁹.

O princípio da subsidiariedade afirmar-se-á como especialmente relevante no contexto da competência anexa prevista no art. 83.º, n.º 2, do TFUE (nos termos aliás demonstrados pelo *Bundesrat* e o *Bundestag* no caso já referenciado), desde logo porque aí não se prevê idêntica cláusula de *transnacionalidade*, nem se encontram especificados domínios da criminalidade concretos.

Em sentido paralelo, a competência penal que seja identificada em *bases jurídicas diversas* é campo porventura mais fértil para a aplicação do princípio. Todavia, esta última asserção também não é isenta de dúvida: se se perspectivar o caso da base jurídica (diversa) do art. 325.º do TFUE, e o *bem jurídico propriamente europeu* que por via dela se pretende penalmente tutelar – os interesses financeiros da

⁶⁵⁸ M. ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 433 e ss. (com exemplos).

⁶⁵⁹ Cfr. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 100, ponto 5 (II): “[p]revious attempts by the Member States in other international fora in order to harmonise certain fields of criminal law may also indicate that the principle of subsidiarity is upheld”. Mas o documento ressalta a natureza da mera *indicação*, não prescindindo da consideração e dos testes associados ao princípio.

União –, igualmente se vislumbrarão dificuldades aplicativas para o princípio. O próprio *Manifesto on European Criminal Policy*, com a sua visão restritiva quanto ao desenvolvimento do direito penal europeu, reconhece, a propósito da subsidiariedade, que o exercício de competências em matéria penal ao nível europeu está especialmente justificado quando esteja em causa proteger os interesses financeiros *próprios* ou outros “interesses supranacionais” (por exemplo, a protecção do euro contra a contrafacção)⁶⁶⁰.

3. A subsidiariedade *jus-comunitária* em contexto penal: o problema da *finalidade* da acção e, assim, da subsidiariedade *jus-criminal*

Como já ficou referido a propósito do argumento circular, uma importante questão, que não parece definitivamente resolvida, tem que ver com a *finalidade* da acção. Ou seja, com a questão prévia ao exercício da subsidiariedade que directamente se relaciona com o problema da *necessidade* da “acção considerada” atentos os seus “objectivos” (cfr. art. 5.º, n.º 3, do TUE). Como refere JACOB ÖBERG, embora em análise dedicada ao direito processual penal, “a subsidiariedade oferece uma abordagem intrigante ao direito processual penal da UE, uma vez que nos obriga a questionar qual o racional subjacente à harmonização neste âmbito”⁶⁶¹.

Com efeito, a aplicação do princípio da subsidiariedade está co-relacionada com a questão do *objectivo* ou *finalidade* da acção ao nível europeu. Ora, atentando nos considerandos das directivas já aprovadas, constata-se que integram notas dissonantes e incoerentes a esse propósito.

Referindo as directivas aprovadas ao abrigo da competência prevista no art. 83.º, n.º 1, do TFUE, a Directiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas enuncia vagamente, no considerando relativo à

⁶⁶⁰ Cfr. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 99, ponto 5. (II.). A este propósito, parece oportuno convocar a tese de P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...* (veja-se designadamente, p. 209): o fundamento da jurisdição penal “encontra-se na *responsabilidade de certo ente pela paz e a segurança da sua comunidade*”; o que, desde a perspectiva da União, na tese do Autor, significa que os poderes que lhe foram atribuídos no domínio penal (pelos Estados) foram-no de forma a que pudesse mais eficazmente proteger os interesses por cuja integridade é co-responsável, o que evidentemente há-de incluir os seus *próprios interesses* (veja-se, neste último sentido, P. CAEIRO, “The relationship between...”, p. 587 e 588).

⁶⁶¹ J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”, p. 2. Também assinalando a importância da definição dos “*foundational objectives*” do direito penal europeu, S. MELANDER, “Effectiveness in EU...”, p. 286.

subsidiariedade, como “objectivo da presente directiva”, a *“luta contra o tráfico de seres humanos”*. Já a Directiva 2011/93/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil identifica, naquele equivalente considerando, como “objectivo da presente directiva”, a *“lut[a] contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil”*. A Directiva 2013/40/UE relativa aos ataques contra os sistemas de informação, no considerando equivalente, já refere, como “objectivos da presente directiva”, *“sujeitar os ataques contra os sistemas de informação, em todos os Estados-Membros, a sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas e melhorar e incentivar a cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes”*. Por seu lado, a Directiva 2014/62/UE relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção, refere, no considerando respectivo, como “objectivo da presente directiva”, *“proteger o euro e outras moedas contra a contrafacção”*.

Referindo o concreto instrumento adoptado ao abrigo da competência (anexa) prevista no art. 83.º, n.º 2, do TFUE, a Directiva 2014/57/UE relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, enuncia, no considerando relativo à observância do princípio da subsidiariedade, como “objectivo da presente directiva”, *“nomeadamente garantir a previsão de sanções penais pelo menos para as infracções mais graves de abuso de mercado em toda a União”*; e identifica, no art. 1.º, a finalidade de *“garantir a integridade dos mercados financeiros da União e aumentar a protecção dos investidores e a confiança nesses mercados”*.

Já do ponto de vista dos projectos ainda não aprovados, pode referir-se que a proposta de directiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, no considerando relativo à observância do princípio da subsidiariedade, apenas refere os “objectivos da presente directiva” sem os identificar, mas o seu art. 1.º especifica que se trata de *“estabelece[r] as medidas necessárias para prevenir e combater a fraude e outras actividades lesivas dos interesses financeiros da União através da definição das infracções e das sanções penais”*. A proposta de directiva relativa à luta contra o terrorismo, de 2015, refere, por sua vez, que “[t]endo em conta a evolução das ameaças terroristas e das obrigações jurídicas da União e dos Estados-Membros por força do direito internacional, a definição das infracções terroristas, incluindo as relativas a grupos terroristas ou relacionadas com actividades terroristas, deve ser objeto de uma *maior harmonização entre todos os Estados-*

Membros, de modo a abranger de uma forma mais exhaustiva as condutas associadas aos combatentes terroristas estrangeiros e ao financiamento do terrorismo”.

Mais se note que também as DQ aprovadas na vigência dos Tratados anteriores, no contexto do ex-terceiro pilar, obedeciam a justificações idênticas⁶⁶².

Ora, por um lado, e como referido, a harmonização não constitui um *fin em si mesma*, pelo que a justificação assente na *previsão de sanções penais em toda a União*, ou na *sujeição de certas condutas a sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas em todos os EM*, afigura-se-nos desadequada. Para além de tudo o que já foi enunciado, parece-nos certa a advertência de MARTIN BÖSE quando refere que “as (possíveis) diferenças entre os propósitos da harmonização (*standards* uniformes) e os propósitos da norma harmonizada (protecção de um bem jurídico) devem ser tidas em consideração”⁶⁶³.

Por outro lado, *melhorar e incentivar a cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes*, ou *garantir a aplicação de certos instrumentos já aprovados*, embora possa naturalmente constituir *efeito* da harmonização, não nos

⁶⁶² Com efeito, constam dos seus considerandos referências como as que seguir se indicam (a título de exemplo): i) “assegurar que a fraude e a contrafacção de meios de pagamento que não em numerário sejam reconhecidas como infracções penais e estejam sujeitas a sanções eficazes, proporcionadas e dissuasoras em todos os [EM]” (DQ 2001/413/JAI); ii) “contribuir para a luta contra o tráfico de seres humanos e para a sua prevenção”, sendo “necessário que a infracção penal grave que constitui o tráfico de seres humanos seja objecto não só de acções tomadas individualmente por cada [EM] mas também de uma *abordagem global* de que faça parte integrante a definição dos elementos de direito penal comuns a todos os [EM]” e ainda necessário “garantir que as sanções aplicadas aos traficantes sejam suficientemente severas para que o tráfico de seres humanos seja incluído no âmbito de *aplicação dos instrumentos já aprovados destinados a combater a criminalidade organizada*” (DQ 2002/629/JAI); iii) “combater o auxílio à imigração clandestina”, com o objectivo “de facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, de segurança e de justiça” (DQ 2002/946/JAI); iv) “tomar medidas concertadas de protecção do ambiente, no âmbito do direito penal” (DQ 2003/80/JAI) [obs.: esta DQ, anulada pelo Ac. *Ambiente*, constitui exemplo de medida que não continha qualquer justificação expressa, na exposição de motivos, sobre a observância do princípio da subsidiariedade]; v) “garantir que tanto a corrupção activa como a passiva no sector privado sejam consideradas infracções penais em todos os [EM]” (DQ 2003/568/JAI) [obs.: mais um exemplo de uma DQ sem qualquer justificação expressa, na exposição de motivos, sobre a observância do princípio da subsidiariedade]; vi) “reforçar a cooperação entre as autoridades judiciais e outras autoridades competentes, nomeadamente as autoridades policiais e outros serviços especializados responsáveis pela aplicação da lei nos [EM], mediante uma aproximação das suas disposições de direito penal em matéria dos ataques contra os sistemas de informação” (DQ 2005/222/JAI); vii) “luta[r] contra a poluição por navios, causada intencionalmente ou por negligência grave” (DQ 2005/667/JAI); viii) “facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, bem como a cooperação policial e judiciária em matéria penal” (DQ 2008/841/JAI); ix) “combater mais eficazmente as infracções de carácter racista e xenófobo, promovendo uma plena e efectiva cooperação judiciária entre os [EM]” (DQ 2008/913/JAI) [obs: para uma crítica desta DQ do ponto de vista da observância do princípio da subsidiariedade, cfr. o já citado *Manifesto*, II, 5].

⁶⁶³ M. BÖSE, “The Principle of...”, p. 38.

parece que deva assumir, por si só, o seu *fundamento* principal⁶⁶⁴. A este propósito, MARTA MORALES ROMERO explicita oportunamente que “[t]al funcionalização tem sido objecto de crítica por parte da doutrina, já que assim se estabelece uma evidente relação de servidão do direito penal material relativamente ao direito processual, quando na realidade deveria ocorrer o contrário”⁶⁶⁵. Analisámos a questão, a propósito da autonomia da harmonização, no Capítulo 2.º da Parte I.

Finalmente, a alusão à *luta contra o crime*, correspondendo embora a uma fórmula usual do discurso político-criminal europeu, pouco informa sobre as finalidades da acção harmonizadora concretamente em causa; o mesmo se diga da necessidade de *abranger de uma forma mais exhaustiva certas condutas*.

Com efeito, o que está em causa é precisamente a escolha, definida ao nível da União, sobre “o que é que é crime”⁶⁶⁶, em termos de descrição da matéria proibida, para efeitos de acomodação – por via da lei penal interna (a transposição é ainda em princípio inevitável) – nos ordenamentos jurídico-penais dos vários EM. Há, pois, que afirmar a recusa de toda “a tentativa de definir o crime *a priori* e de o determinar à margem da ideia de fim”⁶⁶⁷.

Sendo certo que “qualquer tentativa de harmonização, de unificação do sistema penal deve ser orientada por finalidades político-criminais”⁶⁶⁸, não é inteiramente claro que a União tenha já assente em definitivo esse rumo político-criminal. Cumprirá, pois, perguntar sobre a *finalidade legitimadora* deste direito penal europeu, com o que se convoca o paradigma da função do direito penal orientada à protecção subsidiária de bens jurídicos: terá esse paradigma reflexo na conformação do direito penal europeu?

⁶⁶⁴ Sobre o tema, na perspectiva da harmonização do direito processual penal, J. ÖBERG, “Subsidiarity and EU...”, em especial p. 15 e ss.: “*Whilst calls for harmonization is often made on the ground that differences in national legislation obstructs international judicial cooperation and free movement, such claims are often not substantiated. These calls rely on a false notion of cause and effect. There may be many other possible causes for problems of mutual recognition apart from differences between national law systems. Existence of a language barrier, the shortage of resources and adequately trained personnel may be the factors behind why free movement is obstructed or mutual recognition becomes ineffective*”.

⁶⁶⁵ M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*, p. 326, com outras referências.

⁶⁶⁶ T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal...*, p. 37.

⁶⁶⁷ GALLAS *apud* M. COSTA ANDRADE, “A dignidade penal...”, p. 179. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 110, refere-se ao “conceito pré-legal de crime”, “um conceito que, como tal, possui viabilidade para se arvorar naquele padrão crítico do direito vigente e do direito a constituir sem o qual o conceito material de crime se torna imprestável”. A. MIRANDA RODRIGUES, “A emergência de...”, p. 236, recusa expressamente uma construção europeia “pré-determinada por combates”.

⁶⁶⁸ Assim, M. FERREIRA MONTE, “Da autonomia constitucional...”, p. 63. O problema do *rumo da política criminal europeia* vem sendo assinalado por A. MIRANDA RODRIGUES em diversas sedes, sempre reclamando vivamente a criação de um direito penal europeu racionalmente fundado (um “pensamento penal” para a Europa): cfr., da Autora, *O Direito Penal...*; ainda, designadamente, “A emergência de...”, e “Um sistema sancionatório...”. Mais recentemente, já à luz do Tratado de Lisboa, “O Tratado de...”, p. 190 e ss.

Convoca-se, desta forma, a articulação entre subsidiariedade *jus-comunitária* e subsidiariedade *jus-criminal*, princípios de “diferente cultura científica” e com “diverso alcance teórico e prático”⁶⁶⁹, mas ambos determinantes na configuração dos termos (ou melhor, do exercício) da competência penal europeia. Enquanto que o primeiro tem expressão inequívoca nos Tratados nos termos que já foram analisados, o outro – provindo da (e enriquecido pela) dogmática jurídico-penal – carece de reflexão complementar.

⁶⁶⁹ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 157.

PARTE III

SUBSIDIARIEDADE *JUS-CRIMINAL* (PROPORCIONALIDADE)

O PARADIGMA DA PROTECÇÃO SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICO-PENAI

1. O problema: visto em especial pela doutrina nacional

Sem prejuízo da posição que se assuma quanto à conformação da competência da União para legislar em matéria penal, em especial no contexto da harmonização do direito penal substantivo, persiste em qualquer caso o interesse em discutir a justificação para a sua intervenção neste domínio tão tradicionalmente unido à soberania estatal e tão profundamente ingerente nos direitos e liberdades individuais. Com efeito, *competência para* não esgota o problema da *justificação para*.

À UE caberão importantes escolhas de fundo no domínio da harmonização/unificação penal, reveladoras da definição dos limites que imporá, ou não, à respectiva competência; *rectius*, ao exercício da respectiva competência. Com efeito, a aprovação do Tratado de Lisboa apenas “define um programa em cujos limites ocorre um desenvolvimento político que não pode ser antecipadamente determinado em todos os seus aspectos”⁶⁷⁰.

É neste contexto de primordial importância a perspetivação do direito penal como um *caso especial*⁶⁷¹, e não como (mero) instrumento da “*EU legal toolbox*”⁶⁷² a que seja associável um mero propósito de “instrumento de execução adicional” das políticas da União. Foi a Comissão quem expressou que “as instituições da UE devem decidir se recorrem ou não ao direito penal (...), enquanto instrumento para aplicar a legislação, e determinar quais as políticas da UE que necessitam de recorrer ao direito penal a título de instrumento de execução adicional”⁶⁷³.

Em face do que antecede, questiona-se: continuará a fazer sentido salvaguardar

⁶⁷⁰ Assim, o Ac. do TC Alemão sobre o Tratado de Lisboa, diversas vezes referido.

⁶⁷¹ Expressão de V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...*, p. 323.

⁶⁷² Expressão de E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension...*, p. 124.

⁶⁷³ COM (2011) 573 final – 20.9.2011.

certos pressupostos e critérios de legitimação do direito penal, como seja o da sua natureza subsidiária (de *ultima ratio*) na protecção de bens jurídico-penais, ao mesmo tempo que se afirme a importância de uma resposta efectiva à criminalidade que assola os Estados e a União?

As referidas pistas de reflexão eram já enunciadas, na vigência de Maastricht e Amesterdão, também, pela doutrina portuguesa.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, focando o sentido da subsidiariedade jus-criminal, dá conta da necessidade de “reafirmar para o direito penal ‘a função exclusiva de protecção subsidiária de bens jurídicos’” e de “assumir, assim, os princípios político-criminais da ‘intervenção mínima’ e de ‘ultima ratio’”, mais expressando preocupação pelo rumo da política criminal europeia, designadamente quanto à (não) assunção daqueles referidos pressupostos. Na sua opinião, “é de temer que continue a adiar-se a discussão político-criminal sobre a legitimidade e necessidade de incriminações europeias”⁶⁷⁴.

Em análogo sentido, reclamando a assunção em contexto europeu da teoria do bem jurídico e da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal, se pronunciam ANTÓNIO M. ALMEIDA COSTA⁶⁷⁵, AUGUSTO SILVA DIAS⁶⁷⁶, MARIA FERNANDA PALMA⁶⁷⁷, LUÍS DUARTE D’ALMEIDA⁶⁷⁸ e – procurando mesmo uma

⁶⁷⁴ A. MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, p. 123 e p. 147; e “O sistema sancionatório...”, p. 335.

⁶⁷⁵ A. M. ALMEIDA COSTA, “Alguns princípios para...”, p. 205 e 206. O Autor, pronunciando-se sobre os “princípios gerais para um direito penal substantivo europeu”, refere o “estrito *princípio de necessidade social*”; sublinhando, ao lado do “tradicional problema da ‘dignidade penal’”, “o conteúdo do chamado *princípio da subsidiariedade* do direito penal, enquanto *ultima ratio* da política social”. Mais assinala que tal perspectiva, para além de expressamente consagrada no art. 18.º, n.º 2, da CRP, “decorre, também, do espírito da C.E.D.H., que a consagrou expressamente nos artigos 8.º, n.º 2, 9.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2, e 17.º”.

⁶⁷⁶ A. SILVA DIAS, “De que direito...”, p. 318 e ss. O Autor, com o Projecto de Tratado Constitucional em perspectiva, refere a necessidade de acomodar uma “profunda alteração que dê acolhimento ao princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal comunitário, materializado desde logo na ideia de que a legitimidade dos bens jurídicos merecedores de tutela penal unificada depende em larga medida da sua titularidade por parte dos cidadãos europeus e das instituições comunitárias”. Veja-se também, *ibidem*, p. 321 e 322, numa perspectiva mais assimilável ao princípio da subsidiariedade enquanto princípio da UE: “sempre que a tutela penal de um certo bem jurídico seja assegurada suficiente e eficazmente pelas ordens jurídicas nacionais, mesmo relativamente a comportamentos com dimensão transfronteiriça, não devem ser criados tipos penais europeus”. Também na linha de A. SILVA DIAS, I. FERREIRA LEITE, “Direito Penal Europeu...”, p. 351 a 353.

⁶⁷⁷ M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*, p. 154 e 155: “importa averiguar se os bens que se associam aos interesses comunitários satisfazem a noção já antes trabalhada de bem jurídico-penal, muito conformada pelo princípio de necessidade da pena” e “perguntar se os bens jurídicos que preenchem o conceito material de crime constitucionalmente relevante – os bens de liberdade constitutivos do Estado de direito democrático – podem ser objecto do ‘Direito Penal Comunitário’”. Em sua opinião, “[t]rata-se de reflectir aqui sobre uma nova dimensão do princípio da necessidade da pena, em articulação com a fase actual da construção da União Europeia”.

⁶⁷⁸ L. DUARTE D’ALMEIDA, *Direito Penal e...*, p. 14, em nota, e p. 17 e 18. O Autor refere, na vigência de Amesterdão, um “parâmetro habilitante da intervenção comunitária no domínio do Direito Penal” com

referência axiológico-normativa fundante para o direito penal europeu – MÁRIO FERREIRA MONTE⁶⁷⁹. PEDRO CAEIRO referia-se já na vigência de Maastricht à ponderação do “mandamento da subsidiariedade da intervenção comunitário” e dos “princípios da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade da lei penal”, expressando a articulação entre os princípios da subsidiariedade *jus-comunitária* e da subsidiariedade *jus-criminal* convocados pelo desenvolvimento de uma política criminal europeia⁶⁸⁰.

A análise que segue é limitada desde dois pontos de vista. Por um lado, não procuraremos trabalhar classificatoriamente a figura do *bem jurídico propriamente europeu* (que possa justificar, mais do que a harmonização, até a unificação ou criação de um direito penal verdadeiramente supranacional); esse desígnio justificaria uma dissertação dedicada ao tema⁶⁸¹.

Por outro lado, não vamos ensaiar a crítica aos textos harmonizadores em matéria penal a partir da teoria do bem jurídico ou da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio*, promovendo “testes de resistência”⁶⁸².

O propósito é diverso: está em causa, na lógica do objecto da dissertação e no seguimento da reflexão crítica que antecede, questionar se o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídico-penais, que procuraremos concretizar, faz sentido em *contexto europeu* e se nele tem potencial de integração.

Trata-se em concreto de saber se a União, nas iniciativas de harmonização que promova nos domínios da criminalidade previstos no art. 83.º do TFUE, e tratando-se de decidir da natureza criminal de uma determinada conduta (*dizer o que é crime*), se

recurso “ao conceito (...) de *carência de tutela penal*, compatibilizando-se assim as exigências da subsidiariedade [juscriminal] e de *ultima ratio* juscriminal”.

⁶⁷⁹ M. FERREIRA MONTE, “Da autonomia constitucional...”. O Autor recoloca o problema da “relação de mútua referência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos” em contexto europeu, “[c]ontinuando a acreditar que a protecção subsidiária de bens jurídicos permanecerá a ser função do direito penal”. Apelando à CDFUE (o texto data de 2004 e tem em conta o Projecto de Tratado Constitucional), considera que “se faltava uma referência axiológico-normativa fundante de um pretenso direito penal europeu, ela esta aí”. Cfr. ainda M. FERREIRA MONTE, “Legalidade, validade e...”, em especial p. 139 a 143. Já com o Tratado de Lisboa em vista, e assim mais expressivamente, “Da legitimação e...”, p. 157, p. 167.

⁶⁸⁰ P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 206 e 207; mais recentemente, *Fundamento, Conteúdo e...* Veja-se ainda, do Autor, “A coerência dos...”, p. 244, afirmando que “a função específica de um sistema penal – em sentido amplo – é conseguir a máxima protecção possível dos bens jurídicos mais importantes através do mínimo sacrifício possível dos direitos fundamentais”.

⁶⁸¹ Para leituras aprofundadas sobre os “bens jurídicos comunitários”, G. GRASSO, *Comunità europee e...*; R. SICURELLA, “Il Corpus Juris...”.

⁶⁸² Cfr., para notas críticas, EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 92 e ss. (II.); e M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”.

encontra vinculada aos juízos rectores subjacentes àquele paradigma. Em especial considerando o constitucionalismo multinível (interconstitucionalidade) inerente ao processo de criação deste direito penal europeu.

Esta análise justifica-se, a nosso ver, por duas razões interligadas. Por um lado, porque a reflexão que antecede deixou a pergunta sobre a legitimação material do direito penal europeu (problema essencial para operacionalizar a própria subsidiariedade *jus-comunitária*). Por outro lado, porque essa análise convoca, como se verá, o princípio da proporcionalidade. Cumprirá, pois, atentar no elemento que faltava para fechar o tríptico *competência(atribuição)-subsidiariedade-proporcionalidade*, tal como previsto no art. 5.º do TUE.

2. O paradigma da protecção subsidiária de bens jurídico-penais: noções gerais

O paradigma de que nos ocupamos pode ser enunciado, recorrendo às palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, como tratando-se “da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, *de bens jurídicos cuja lesão se revele digna e necessitada de pena*”⁶⁸³. A questão liga-se intimamente à problemática do conceito *material* de crime: quais as qualidades materiais que deve reunir uma conduta para ser submetida a pena estatal (questão que está *por detrás* do direito penal codificado, sendo-lhe prévia)⁶⁸⁴.

Não nos ocuparemos de analisar demoradamente essa construção teórica, de cujo encaixe no direito penal europeu indagaremos. Tratámos anteriormente o tema noutra sede⁶⁸⁵, questionando se a teoria da protecção subsidiária de bens jurídico-penais que procurámos concretizar é apta a afirmar-se, ainda actualmente e não obstante as críticas que lhe têm vindo a ser dirigidas, como critério legitimador e limitador do direito penal.

⁶⁸³ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 114 (cfr., sobre a questão de que nos ocupamos, em especial, p. 106 a 154). Ainda sobre o tema, todos do Autor, “Os novos rumos...”; “Para uma dogmática...”; “O movimento da...”.

⁶⁸⁴ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 51.

⁶⁸⁵ No contexto do Curso de Doutoramento, no ano lectivo 2010/2011, no âmbito da disciplina Teoria do Direito cuja regência coube ao Senhor Conselheiro J. de Sousa e Brito. O trabalho que daí resultou seria publicado na *RPCC*: J. AMARAL RODRIGUES, “A teoria do...”.

Nessa ocasião, analisámos criticamente a teoria do bem jurídico, do ponto de vista da sua relevância político-criminal e constitucional, tomando por referência doutrina relevante⁶⁸⁶ e a jurisprudência do Tribunal Constitucional português (a recuperar *infra*). E concluímos, entre o mais, nos seguintes termos:

“A teoria da tutela subsidiária de bens jurídicos como função do direito penal, e em especial a densificação que lhe é dada pela tese da referência mútua entre a ordem axiológica definida na Constituição e a ordem dos bens jurídico-penais – assim se desenhando o paradigma segundo o qual o fim de toda a ameaça penal é a preservação de bens jurídicos entendidos como refracções da ordem axiológico-constitucional –, parece-nos poder e dever servir de critério ao legislador nas tarefas de criminalização e descriminalização que promova. E, bem assim, poder e dever servir de pauta de controlo constitucional das normas incriminatórias que não encontrem justificação à luz de um bem jurídico identificado, como o próprio Tribunal Constitucional tem pressuposto”.

Sem prejuízo da remissão para aquele trabalho prévio e para os seus fundamentos, parece-nos oportuna uma reflexão breve, instrumental à análise que se desenvolverá *infra* e que permita sistematizar algumas ideias centrais.

Partindo desse texto e da doutrina nele referenciada (em especial, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), o paradigma enunciado pode ser dissecado em dois segmentos: por um lado, a “teoria do bem jurídico”, ou seja, a ideia da protecção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal; por outro lado, a necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal. O que se associa às ideias, interligadas mas autónomas, de *dignidade*, por um lado, e de *necessidade (carência)*, pelo outro. Note-se, em termos a desenvolver, que um dos *juízos rectores da legitimidade de*

⁶⁸⁶ A análise teve subjacente uma obra colectiva integrada por aprofundadas reflexões (algumas muito críticas da referida doutrina do bem jurídico), coordenada por R. HEFENDEHL: cfr., na tradução espanhola, R. HEFENDEHL (ed.), *¿La teoría del...* (com contributos de, designadamente, GIBERNAT ORDEIG, A. VON HIRSCH, M. KAHLO, G. SEHER, W. HASSEMER, D. STERNBERG-LIEBEN, O. LAGODNY, M. BÖSE, M. BUNZEL, R. HEFENDEHL, B. SCHÜNEMANN, K. AMELUNG, K. GAEDE, C. ROXIN, W. WOHLERS, T. HÖRNLE, P. WITTING, G. STRATENWERTH). Entretanto, cumpre referir a importante reflexão de C. ROXIN, “El concepto de...” (artigo não considerado à data por desencontro temporal); também traduzido em português (por S. Aires de Sousa) e inglês (por C. Whittaker). Mais destacamos, de entre a doutrina referenciada naquele nosso trabalho e que também orienta a presente análise, para além de J. FIGUEIREDO DIAS, cuja tese se tomou e toma por base (cfr. nota *supra*): J. SOUSA E BRITO, “A Lei Penal...”; C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*; M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*; e “A ‘dignidade penal’...”; C. FERREIRA DA CUNHA, “*Constituição e Crime*”...; J. FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de...*; T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal (e Mulheres, Direito, Crime...)*; L. L. STRECK, “Bem Jurídico e...”; J. J. GOMES CANOTILHO, “Teoria da legislação...”; E. DOLCINI e G. MARINUCCI, “Constituição e escolha...”. Cfr. ainda M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*, cit; e “Conceito material de...”; F. COSTA PINTO, “O ilícito de...”; P. FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição do...*

*intervenção penal*⁶⁸⁷ é porventura mais controverso do que o outro, o que se reflecte no respectivo potencial de enquadramento em contexto europeu.

O primeiro *juízo rector* tem que ver, nos termos referidos, com a noção de *dignidade* da tutela penal: o direito penal encontra-se limitado (e assim legitimado, considerando uma função de garantia à luz das exigências do Estado de Direito) à preservação e tutela de *bens jurídicos* essenciais, entendidos como corporizando o reduto do que é essencial para o livre desenvolvimento da pessoa e para o funcionamento do sistema social em que esta se insere. Nessa medida, afirma-se a natureza *fragmentária* do direito penal.

Sustenta-se que o consenso em relação ao que constitua tal reduto essencial – tomando em conta a *pessoa* mas também a *ordem (sistema) social e comunitária*⁶⁸⁸ – se encontra reflectido na ordem axiológica definida na Constituição, que incorpora a expressão privilegiada de consensos partilhados num determinado contexto histórico-social. A partir de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, fala-se de uma “relação de mútua referência” “entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico penal – dos bens jurídicos”⁶⁸⁹. Tal não significando um *corpus* rígido de valor imutável, mas um *corpus* axiológico referencial que continuamente se densifica e concretiza em (novos) sentidos adequados à própria complexidade social⁶⁹⁰. Assim se constrói um sistema constitucionalmente credenciado (“só os bens jurídicos de nível jurídico-constitucional podem ser legitimamente protegidos pelo direito penal”⁶⁹¹), apto a dar cumprimento às limitações que a Constituição impõe a este ramo do direito fortemente restritivo das *liberdades* das pessoas.

Mais se note que a teoria pressupõe a *danosidade social da conduta*, enquanto lesão (mas também perigo) para os referidos bens jurídicos^{692 693}. Daí que ROLAND

⁶⁸⁷ Definição de C. FERREIRA DA CUNHA, “*Constituição e crime*”..., designadamente p. 221.

⁶⁸⁸ Em concreto sobre os “bens jurídicos colectivos”, como “princípio de solução” para a subsistência do direito penal do bem jurídico na *sociedade de risco*, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 148 e ss.

⁶⁸⁹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 120; nesse sentido, também, STERNBER-LIEBEN, “*Bien jurídico, proporcionalidad...*”, p. 108.

⁶⁹⁰ Veja-se, para uma abordagem de superação da dicotomia entre uma concepção jusnaturalista e uma concepção juspositivista, que “permite uma articulação entre o horizonte cultural e histórico da juridicidade e a plenitude do valor democrático de uma Constituição positiva”, M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*, p. 37 e ss.

⁶⁹¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 120.

⁶⁹² A propósito das doutrinas do princípio do dano (*harm principle*), que entendem que a ofensividade ou danosidade sociais são determinantes da “essência” do crime, informando sobre o seu conceito material, atente-se nas palavras de J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 109 e 110: “[m]esmo que possa

HEFENDEHL fale de um *segundo passo*, depois da identificação do bem jurídico e antes do exame específico da proporcionalidade, que identifica com a “possível conexão da acção típica com o bem jurídico”⁶⁹⁴.

O segundo *juízo rector* relaciona-se com o referido parâmetro da *necessidade (carência)* da tutela penal. O conceito-chave pode resumir-se numa ideia simples: *merecer não equivale a necessitar*. É certo que só pode haver criminalização legítima onde seja possível identificar o propósito de tutela de um bem jurídico. Todavia, não é verdade que sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal deve ter lugar a intervenção correspondente. Em causa está a exigência de que à noção de bem jurídico dotado de *dignidade* penal acresça o critério da *necessidade (carência)* da tutela penal.

Com efeito, na medida em que o direito penal tem uma forte natureza intromissora, com os meios e consequências mais gravosos para os direitos e liberdades das pessoas, apenas deverá intervir quando outros meios (mais benignos) se revelem insuficientes ou inadequados para proteger o bem jurídico lesado ou posto em perigo – ou seja, “quando for essencial fazê-lo, por um lado, e quando for eficaz fazê-lo, por outro”⁶⁹⁵. Pensa-se, por exemplo, na intervenção do direito civil ou do direito

concordar-se que todo o crime se traduz num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social, a verdade é que nem toda aquela danosidade deve legitimamente constituir um crime; “[o] apelo à danosidade social é pois um elemento constitutivo do conceito material de crime mas não pode sem mais fazer-se valer por aquele conceito”. Para C. ROXIN, “El concepto de...”, p. 3, “*el harm principle, desarrollado en el Derecho penal angloamericano – esto es, la limitación de la sanción jurídico-penal a modalidades de comportamiento que generen un daño – es próximo al principio de protección de bienes jurídicos*”. Veja-se, com muita relevância sobre o *harm principle*, A. VON HIRSCH, “El concepto de...”, estabelecendo algumas pontes de ligação entre aquele princípio e o princípio do bem jurídico, e dando conta de que o *harm principle* também não prescinde da noção de “interesse”, que no fundo é próxima ao bem jurídico. Para outra abordagem sobre o *harm principle*, a partir da obra de Feinberg, M. KAHLO, “Sobre la relación...”.

⁶⁹³ Ao sustentar a subsistência do direito penal do bem jurídico na *sociedade de risco*, é neste “segmento” (lesão do bem jurídico) que J. FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 144 e ss., começa por centrar a sua análise: “reconhecer como função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos não implica limitar a intervenção da sanção criminal apenas aos casos em que se verifique uma efectiva lesão do bem jurídico” (tal como comprova, indica o Autor, a punição da tentativa e a criação de crimes de perigo, concreto mas também abstracto; estes últimos legítimos, na antecipação da tutela penal que exprimem, desde que não se perca de vista a *função de protecção de bens jurídicos*). Ainda sobre a importância de determinar “o grau legítimo de antecipação da protecção”, discutindo os crimes de perigo abstracto e o “direito penal do futuro”, J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...’”, p. 38 e 39. Na jurisprudência do TC, sobre os crimes de perigo abstracto, cfr. o paradigmática AcTC n.º 426/91, 6.11.1991 (cfr. ainda, quanto à não inconstitucionalidade de certos crimes de perigo, o AcTC n.º 62/99, 2.2.1999 e o AcTC n.º 95/2011, 16.2.2011).

⁶⁹⁴ R. HEFENDEHL, “De largo aliento...”, p. 467.

⁶⁹⁵ T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, p. 46 e 47. Veja-se F. COSTA PINTO, “Sentido e limites...”, p. 385 e 386, precisamente referindo a dignidade de tutela penal dos bens jurídicos ambientais, aceitando o merecimento penal da tutela, mas assinalando a necessidade de “conseguir delimitar um espaço de intervenção subsidiária onde as necessidades de tutela penal e a sua idoneidade sejam evidentes”. O Autor vem sublinhando a necessidade de repensar a autonomia do direito de mera ordenação social como

administrativo (designadamente, sancionatório). Do que precede resulta a afirmação do direito penal como constituindo a *ultima ratio* da política social, tendo a sua intervenção uma natureza subsidiária (princípio da *subsidiariedade*).

Esta última limitação derivaria já de resto, defende JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo ⁶⁹⁶. Também segundo J. J. GOMES CANOTILHO⁶⁹⁷, discutindo a articulação entre os “dois ‘mundos fragmentários’ – o constitucional e o penal”, há que considerar, de entre certas “premissas básicas”, a seguinte: a “[v]inculação do legislador ao princípio da proporcionalidade, o que aponta não só para a observância dos *princípios da necessidade* e da *adequação*, por parte das medidas penais, como da verificação do *princípio da proporcionalidade*, em sentido restrito, de forma a assegurar a justa medida dos meios (penais) e dos fins (das penas)”.

Em suma, afirma-se, juntando um vector (protecção de bens jurídicos dotados de dignidade penal a partir do referente axiológico-constitucional) ao outro (necessidade ou carência de tutela penal), que a função do direito penal reside na tutela subsidiária (de *ultima ratio*) de bens jurídico-penais. A lei penal, assumindo-se como lei restritiva de direitos, liberdades e garantias, deve *limitar-se ao necessário* para *salvaguardar* outros *direitos ou interesses constitucionalmente protegidos* (“reserva constitucional de bem”⁶⁹⁸). Assim, e em termos expressos na ordem constitucional portuguesa, e quanto a ambos os vectores, o art. 18.º, n.º 2, da CRP (*vd.* ainda, no ordenamento infraconstitucional, o art. 40.º do Código Penal).

Nessa medida, a função do direito penal identificada com a tutela subsidiária de bens jurídico-penais assume-se enquanto *princípio fundamental do Estado de direito democrático* português⁶⁹⁹ (art. 8.º, n.º 4, da CRP), *estrutura constitucional fundamental* do sistema português (art. 4.º, n.º 2, do TUE) e, por maioria de razão, *aspecto fundamental do sistema de justiça penal* português (art. 83.º, n.º 3, do TFUE).

instrumento político-criminal de execução do princípio da intervenção mínima do direito penal, tendo precisamente em conta a “*vocação subsidiária da tutela penal* em relação a outros mecanismos de protecção jurídica” – cfr. F. COSTA PINTO, “O ilícito de...”; ainda na mesma linha de entendimento, “A tutela dos...”.

⁶⁹⁶ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 128; nesse sentido também C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 65; ainda M. BUNZEL, “La fuerza del...”, p. 170, para quem se podem introduzir os princípios especificamente penais no exame da proporcionalidade de uma norma penal.

⁶⁹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, “Teoria da legislação...”, p. 855.

⁶⁹⁸ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.”, p. 392.

⁶⁹⁹ A afirmação tem por subjacente jurisprudência do TC, a referir *infra*.

O *programa político-criminal* que deriva da descrita concepção pode ser identificado, na esteira mais uma vez de J. FIGUEIREDO DIAS, com o *princípio da não-intervenção moderada*: devem ser expurgados, ou evitados em eventual processo de neocriminalização, os comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos claramente definidos; ou que, acarretando-a, podem ser contidos ou controlados por meios não penais (portanto, mais benignos)⁷⁰⁰.

3. O paradigma em contexto europeu: breve introdução

A força argumentativa de uma teoria não depende necessariamente da sua consagração constitucional expressa. Assim, afigura-se-nos possível desenvolver os pressupostos da teoria da protecção subsidiária de bens jurídico-penais enquanto construção dogmática, defendendo a bondade da sua *oposição* ao legislador – e, assim, ao legislador da União –, sempre que esteja em causa definir os pressupostos da criminalização. A esse propósito CLAUS ROXIN, referindo-se em concreto à teoria do bem jurídico, afirma que esta “pode desenvolver as suas ideias político-criminais com independência da Constituição e oferecê-las ao legislador”⁷⁰¹.

Todavia, como o próprio Autor também admite, “a nulidade de uma norma, como é óbvio, só pode ser deduzida de uma vulneração da Constituição”. Ou, nas palavras de OTTO LAGODNY, “se o específico conteúdo, sentido e alcance do bem jurídico [*Rechtsgut*] não são, ou são apenas parcialmente, partilhados pelo direito constitucional, tais conceitos *per se* apenas poderão ser úteis para influenciar a política criminal mas não para responder à questão de constitucionalidade”⁷⁰².

Com efeito, uma das objecções que é dirigida à teoria do bem jurídico – que tivemos a oportunidade de enunciar no trabalho anteriormente referenciado⁷⁰³ – parte do entendimento da teoria enquanto construção exclusiva da dogmática penal, que

⁷⁰⁰ Seguimos, em aproximados termos, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 131.

⁷⁰¹ C. ROXIN, “El concepto de...”, p. 24. Cfr. ainda T. HÖRNLE, “Theories of Criminalization”, p. 684: “while criminal law theory should not be superimposed on the political processes and narratives of legitimacy that are characteristic of democracies, criminal law theorists should interact with these processes by proposing substantiated guidelines”.

⁷⁰² O. LAGODNY, “Basic rights and...”, p. 770. No mesmo sentido, entre outros, M. BÖSE, “Derechos fundamentales y...”, p. 137; e C. STUCKENBERG, “The Constitutional Deficiencies...”, p. 34 a 38 (todos críticos de uma teoria do bem jurídico que não dialogue ao nível constitucional).

⁷⁰³ “A teoria do...” p. 187 e ss. Cfr. designadamente, no sentido da crítica enunciada no texto, a posição de M. BUNZEL, nota *infra*.

assumiria a “independência estrutural do direito penal” e conduziria a “sobrevalorizar este ramo do direito de forma contrária ao sistema”, não se compatibilizando, enquanto matriz exclusiva de legitimação do direito punitivo, com o Estado Constitucional maduro.

Tivemos também oportunidade de demonstrar naquela ocasião, por referência ao sistema português que ainda nos serve de ponto de partida interpretativo, que a *teoria* da referência mútua entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, complementada com o critério de necessidade ou carência de tutela penal, permite efectivamente a afirmação de um sistema de limitação do direito penal de *base constitucional* (art. 18.º, n.º 2, da CRP); e assim o tem afirmado o TC português (*infra*). Cumpre-se, pois, o desígnio de “aproximar os Direitos penal e constitucional, fazendo-os mutuamente frutíferos”⁷⁰⁴, destacando-se o papel do princípio da proporcionalidade como limite primário do direito penal material⁷⁰⁵.

Num segundo plano, numa tentativa de deslocar o paradigma identificado para o âmbito do direito penal europeu, uma premissa nos parece de assumir no plano do *direito europeu constituído*. O facto inquestionável de a teoria da tutela subsidiária de bens jurídicos como função do direito penal ter efectiva expressão privilegiada no sistema jurídico e jurídico-constitucional português não conduz, automaticamente, à sua plena integração ou apropriação pela ordem *jurídico-comunitária*.

Sendo certo que a União respeita a igualdade dos EM perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (art. 4.º, n.º 2, do TUE), tal não significa que as assumam, a essas estruturas constitucionais fundamentais dos EM, necessariamente enquanto princípios da respectiva *ordem interna* (e isto é verdade sem prejuízo do surgimento de eventuais *conflitos*).

⁷⁰⁴ W. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, p. 96: “*la Constitución...no se ocupa de nada distinto de aquello de lo que se han ocupado las tradiciones penales desde BECCARIA y FEUERBACH: los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal*”.

⁷⁰⁵ M. BUNZEL, “La fuerza del...”, p. 150, centrando a discussão numa óptica de direito constitucional, assinala a necessidade de “*un principio unitario jurídico-constitucional que ponga el acento en el ámbito nuclear de la prohibición de exceso como medida esencial de análisis y que se erija en una construcción que pueda incorporar en su seno los principios limitadores específicamente jurídico-penales*”. É essa precisamente a construção que defendemos a partir do art. 18.º, n.º 2, da CRP, articulando postulados próprios da dogmática penal com o parâmetro constitucional da proporcionalidade. Nessa medida, nega-se que se *sobrevalorize este ramo do direito de forma contrária ao sistema* (*ibidem*, p. 164) e logra-se uma aproximação à tese do Autor.

Por outro lado, concluir pela força constitucional daquele paradigma na ordem jurídico-constitucional portuguesa não equivale a afirmá-lo inequivocamente enquanto “tradição constitucional comum” aos EM por referência ao art. 6.º do TUE⁷⁰⁶. Assinala-se a este propósito a circunstância de o TC alemão, ao contrário do português já desde os anos 80 (cfr. *infra*), recusar elevar o critério da protecção de bens jurídicos a condição de validade da norma penal – pense-se no caso germânico do *incesto*⁷⁰⁷.

O nosso objectivo centra-se, pois, na tentativa de encontrar elos de ligação entre a teoria descrita e o *regime de restrição de direitos fundamentais* especificamente assumido pela ordem jurídico-constitucional da União, fazendo derivar tal teoria do (pluriforme) princípio da proporcionalidade.

Para o efeito proposto haverá que convocar o princípio da proporcionalidade, densificado pela jurisprudência *comunitária* e com expressão constitucional designadamente no art. 52.º, n.º 1, da CDFUE. Será ainda oportuno remeter, no contexto do constitucionalismo multinível (interconstitucionalidade) em que o direito penal europeu se constrói, para a discussão orientada pela CEDH.

No clássico *Ac. Internationale Handelsgesellschaft* – precursor no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade no direito *comunitário* –, tendo o órgão de reenvio invocado que o regime de cauções em questão era contrário a certos princípios do direito constitucional alemão, designadamente o da proporcionalidade, o TJ repudiou *o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional para a apreciação dos actos adoptados pelas instituições comunitária*. Mas sublinhou a

⁷⁰⁶ A comprová-lo parecem estar os contributos da obra colectiva que tivemos a oportunidade de *supra* referenciar e analisar mais demoradamente no nosso texto já citado (pese embora termos concluído pela resistência da teoria); pensamos nos Autores que recusam em absoluto a valência da teoria e também naqueles que, sufragando-a, dela não fazem derivar uma vinculação para o legislador.

⁷⁰⁷ Cfr. B. SCHÜNEMANN, “El principio de...”, p. 209 e ss., para uma análise muito crítica da jurisprudência do TC alemão (mas sem referir o mencionado caso, que é posterior). Aquele Tribunal Constitucional, em 2008, ao pronunciar-se sobre a conformidade constitucional do *crime de incesto*, afirmou que os requisitos a respeito dos fins que uma norma penal persegue não podem deduzir-se da teoria jurídico-penal do bem jurídico, sem prejuízo do contributo da teoria para a política legislativa (todavia, também é certo que o TC Alemão, ao apreciar a conformidade constitucional do preceito criminalizador, procurou a identificação dos valores ou bens protegidos pela norma, até porque tal é essencial à operacionalização dos testes da proporcionalidade – cfr. *infra*). *Vd.*, sobre o referido *Ac. (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008 - 2 BvR 392/07)*, a referência no nosso texto “A teoria do...”, p. 200 a 202, com alusão também ao recurso para o TEDH: AcTEDH, 12.4.2012, *Stübing v. Germany* (43547/08). Na doutrina, entre outros, e com posicionamentos entre si diversos: LAGODNY, “Basic rights and...”; H. KNUDSEN, “Incesto entre irmãos...”; C. ROXIN, “El concepto de...”. C. STUCKENBERG, “The Constitutional Deficiencies...”. Veja-se também o interessante voto de vencido ao *Ac. do Juiz Hassemer*, o único Penalista entre os oito Juizes. De destacar ainda que o recorrente contou no TEDH com a representação de três Professores, entre os quais K. Amelung.

necessidade “de analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário”⁷⁰⁸.

4. O princípio (de direito da União) da proporcionalidade

4.1. Notas gerais sobre o princípio

Pese embora a transversalidade do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de controlo “multinível” – com ressonância no contexto de diversos sistemas jurídico-constitucionais nacionais (incluindo no português⁷⁰⁹) e também no contexto internacional⁷¹⁰ –, realça-se aqui a sua dimensão enquanto princípio fundamental do direito da União.

O princípio da proporcionalidade pode ser identificado como um princípio clássico da construção europeia, trazido ao domínio *comunitário* pelo labor do TJ, por sua vez inspirado pelos sistemas jurídico-constitucionais dos EM.

Até à consagração expressa da proporcionalidade pelo Tratado de Maastricht (veja-se actualmente o art. 5.º, n.º 4, do TUE), o apelo ao princípio era feito numa perspectiva de princípio geral de direito e, como tal, fonte do direito da União⁷¹¹. Mas mesmo depois da constitucionalização, essa sua natureza de princípio geral não deixa de ser invocada, até pelo modo algo limitado da sua consagração codificada: a) ao não abranger os EM (mas diferentemente, os arts. 49.º, n.º 3, e 52.º, n.º 1, da CDFUE, a referir *infra*); b) ao evidenciar a proporcionalidade essencialmente enquanto princípio *governativo*⁷¹².

⁷⁰⁸ AcTJ, 17.10.1970, *Internationale Handelsgesellschaft...*(C-11/70) (no mesmo sentido, AcTJ, 13.12.1979, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz* (C-44/79)). Não deixa de ser interessante notar que o TJ repudiou a pauta de controlo do princípio da proporcionalidade tal como constitucionalmente consagrado naquele sistema germânico, mas acabou por recorrer à pauta da proporcionalidade *jus-comunitária* fortemente influenciada...pelo direito alemão.

⁷⁰⁹ Na doutrina portuguesa, com uma revisão de bibliografia, designadamente recenseando as obras de J. J. GOMES CANOTILHO, J. MIRANDA, J. C. VIEIRA DE ANDRADE e J. REIS NOVAIS, cfr. A. LEÃO, “Notas sobre o...”.

⁷¹⁰ Cfr. S. TAVARES DA SILVA, “O Tetralema do...”, p. 641.

⁷¹¹ F. DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 143.

⁷¹² Como afirma V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 144, o conceito de proporcionalidade contido no art. 5.º, n.º 4, “*is focused specifically on the control of the exercise of EU competence and serves to address concerns over the potential over-extension of the powers of the European Union*”. Essa dimensão foi analisada *supra*, Parte II, 1.º Capítulo, aquando da contraposição entre subsidiariedade *jus-comunitária* e proporcionalidade “*competencial*”.

De todo o modo, não se pretende desvalorizar aquela consagração positiva. Nas palavras de DULCE LOPES, tal revela uma “manifesta *objectivação* do princípio da proporcionalidade (...) ao inscrever a exigência clara de que todas as medidas comunitárias devem tomar este princípio como seu critério legitimador e, portanto, como parâmetro de aferição da sua legalidade, qualquer que seja o tipo de acto em causa, o núcleo dos seus destinatários e as matérias sobre as quais incida”⁷¹³.

A jurisprudência do TJ, inspirada sobretudo pelos sistemas jurídicos alemão e francês⁷¹⁴, contribuiu decisivamente para a enunciação (no momento prévio à consagração do princípio nos Tratados) e densificação (mesmo posteriormente) do princípio da proporcionalidade no direito da União. A doutrina considera unanimemente que o princípio da proporcionalidade começou a ser desenvolvido pelo TJ na sua decisão de 17 de Dezembro de 1970, ou seja, no importante Ac. *Internationale Handelsgesellschaft*⁷¹⁵ (mas identificando a relevância de um ou outro caso anterior⁷¹⁶).

A “formulação moderna” do princípio é firmada pelo subsequente Ac. *Fedesa*⁷¹⁷. Cabendo-lhe apreciar a validade de uma directiva que proibia a utilização de

⁷¹³ D. LOPES, *O Princípio da...*, p. 163 e 164. Uma vez que na prática os Tribunais da União “*only intervene when the Union measure is manifestly inappropriate*”, “[t]his has resulted in the central importance of the proportionality principle being its reshaping of the EU legislative culture”. Assim, D. CHALMERS, G. DAVIES e G. MONTI, *European Union Law...*, p. 351.

⁷¹⁴ Para uma análise comparativa dos dois sistemas, N. EMILIOU, *The Principle of...* Segundo o Autor, p. 129 e 130, uma das razões para a forte influência do sistema alemão no desenvolvimento da jurisprudência do TJUE em matéria de proporcionalidade está no facto de a grande maioria das questões prejudiciais terem sido suscitadas, ao longo dos anos, por tribunais alemães. Cfr. ainda J. SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, p. 724 a 747, analisando o princípio da proporcionalidade no direito de vários EM – França, Alemanha, Itália, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Espanha. O Autor conclui, p. 760, que o princípio encontra aplicação na maior parte dos sistemas, ainda que com variações. *Vd.*, quanto às especificidades do *Wednesbury reasonableness test* britânico, entre outros, P. CRAIG, “Unreasonableness and Proportionality...”, p. 85 a 10; e THE RT. HON. LORD HOFFMANN, “The Influence of...”, p. 107 a 115.

⁷¹⁵ AcTJ, 17.10.1970, *Internationale Handelsgesellschaft...*(C-11/70). Como se referiu, o TJ, embora repudiando o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional para a apreciação dos actos adoptados pelas instituições comunitárias, sublinha a necessidade “de analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário”. O Tribunal procede então, na base do referido pressuposto, à apreciação do fundamento da medida contestada, avaliando-a à luz dos critérios da respectiva *adequação* e *necessidade* (e referindo-se ainda aos encargos impostos aos operadores económicos); mais se note que o TJ procede mesmo à avaliação das medidas alternativas menos restritivas ou onerosas. Desta forma, e mesmo sem que tenha nomeado expressamente o princípio da proporcionalidade, afirma-se que “*the judgment firmly established the principle as a ground for review*”: T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 142.

⁷¹⁶ *Vd.* T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 141, e N. EMILIOU, *The principle of...*, p. 134. Como exemplo, o AcTJ, 29.11.1956, *Fédération charbonnière de Belgique/Alta Autoridade* (C-8/55); e o AcTJ, 12.6.1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse/Alta Autoridade* (C-15/57).

⁷¹⁷ Referindo essa “*modern formulation*”, D. CHALMERS, G. DAVIES e G. MONTI, *European Union Law...*, p. 367. Trata-se do AcTJ, 13.11.1990, *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa e o.* (C-331/88).

certas substâncias de efeito hormonal, o TJ acabaria por concluir pela validade da directiva; considerando que uma vez que o legislador dispõe de um poder discricionário em matéria de política agrícola comum, “só o carácter manifestamente inadequado de uma medida adoptada nesse domínio” poderia afectar a legalidade da mesma, não tendo então o Conselho, no uso da sua legítima margem de apreciação, cometido qualquer “erro manifesto”. O Tribunal, na fundamentação do Acórdão, frequentemente reiterada em jurisprudência posterior, oferece uma definição do princípio da proporcionalidade, apresentando-o à luz de uma visão tripartida – adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*:

“13. O princípio da proporcionalidade é reconhecido por jurisprudência constante do Tribunal como fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário. Por força desse princípio, a legalidade da proibição de uma actividade económica está subordinada à condição de que as medidas de proibição sejam adequadas e necessárias à realização dos objectivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando existe uma escolha entre varias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos”.

O princípio da proporcionalidade foi sendo desenvolvido pelo TJ em especial na relação individuo-Estado ou individuo-União; numa vertente, portanto, *subjectiva*. Com efeito, enquanto princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade foi sendo desenvolvido pelo Tribunal “principalmente tendo em vista proteger o individuo contra a acção das instituições comunitárias e dos Estados-Membros”⁷¹⁸. Ou seja, enquanto parâmetro de valoração da admissibilidade das ingerências na esfera de protecção dos direitos e liberdades fundamentais.

A jurisprudência sobre proporcionalidade é profusa, demonstrando a aplicabilidade do princípio a praticamente todos os domínios da intervenção da União⁷¹⁹. Podem identificar-se dois grandes tipos de caso na jurisprudência do TJ.

⁷¹⁸ T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 176.

⁷¹⁹ Para uma análise dessa jurisprudência do TJUE, *vd.*, entre outros: G. DE BÚRCA, “The Principle of...Law”, e “Proportionality and Subsidiarity...”; T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, e “Proportionality in European...”; G. DE BÚRCA e P. CRAIG, *EU Law. Text...*; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006; J. SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*; T. HARBO, “The Function of...”; F. G. JACOBS, “Recent Developments in...”; D. GALETTA, “El principio de...”.

Por um lado, a proporcionalidade enquanto critério de controlo judicial de medidas administrativas e legislativas *nacionais*, em que especialmente se acentua a referida relação indivíduo-Estado; trata-se essencialmente de aferir da admissibilidade de restrições ou derrogações nacionais aos direitos e liberdades reconhecidos pelos Tratados⁷²⁰.

Por outro lado, a proporcionalidade enquanto critério de controlo judicial de medidas administrativas e legislativas *comunitárias*, em que tanto pode estar em causa a relação Estado-União (numa perspectiva mais próxima da subsidiariedade)⁷²¹, como a relação indivíduo-União⁷²².

Sendo verdade que “[a] universalização do princípio da proporcionalidade torna mais difícil qualquer tarefa de tentar estabelecer uma categorização conceptual única”⁷²³, o certo é que a *formulação moderna do princípio*, que surge associada à jurisprudência do TC alemão⁷²⁴, continua a desempenhar um papel relevante na conformação da proporcionalidade ao nível da União.

⁷²⁰ Cfr. Parte I, 3.º Capítulo, sobre a *neutralização* da norma penal interna.

⁷²¹ Trata-se de acções normalmente interpostas por um EM, ou contra um EM, em que está em causa a alternativa entre a acção da União (em regra, a acção harmonizadora) e a acção do Estado, sendo a discussão centrada na tríade base jurídica-subsidiariedade-proporcionalidade; no fundo, suscita-se a questão já abordada da proporcionalidade “*competencial*”. Assim, a maior parte dos Acs. citados na Parte II, 3.º Capítulo (e Anexo III), aquando da análise da subsidiariedade, convocam igualmente questões em sede de proporcionalidade. É o caso dos AcTJ *Reino Unido/Conselho* (C-84/94), *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-233/94), *BAT* (C-491/01) (cfr., na esteira de BAT, também o AcTJ *Swedish Match* (C-210/03)), *Comissão/Alemanha* (C-103/01) e *Alliance for Natural Health e o.* (C-154/01 e apenso).

⁷²² Trata-se de acções interpostas por EM ou por alguma das instituições europeias, ou processos iniciados via questões prejudiciais suscitadas por tribunais nacionais, estando em causa a modelação “clássica” do princípio e a concorrência entre valores ou interesses conflitantes. Poderiam citar-se, neste âmbito, centenas de Acs.; as obras citadas na nota *supra* dão boa nota dessa jurisprudência. Com carácter meramente exemplificativo, pode assinalar-se a jurisprudência que respeita à relação entre o “sistema sancionatório comunitário” e a proporcionalidade. Com efeito, em especial no domínio da PAC, a conexão entre a imposição de sanções (no caso, administrativas) e a observância do princípio da proporcionalidade, está desde logo evidenciada pela circunstância de o Ac. *Internationale Handelsgesellschaft* ter sido proferido precisamente nesse âmbito. Existem vários Acs. sobre a matéria, em que se discute em especial o problema da competência/base jurídica para a adopção de certo tipo de sanções, mas igualmente a questão da proporcionalidade das mesmas. Indicam-se alguns (todos no âmbito do reenvio prejudicial): AcTJ, 18.11.1987, *Maizena/BALM* (C-137/85); AcTJ, 21.6.1979, *Atalanta* (C-240/78); AcTJ, 20.2.1979, *Buitoni* (C-122/78); AcTJ, 24.9.1985, *Man (Sugar)/IBAP* (C-181/84); AcTJ, 12.7.1990, *Estado belga/Philipp Brothers SA* (C-155/89); AcTJ, 22.1.1986, *Denkavit France/FORMA* (C-266/84); AcTJ, 27.11.1991, *Italtrade/AIMA* (C-199/90); AcTJ, 2.5.1990, *Hopermann/BALM* (C-357/88). Cfr. ainda, no contexto do recurso de anulação, o AcTJ, 27.10.1992, *Alemanha/Comissão* (C-240/90). Neste último caso assumem ainda relevância, quanto ao princípio da proporcionalidade, as Conclusões do AG F. G. Jacobs apresentadas em 3.6.1992, em especial § 25 e ss.

⁷²³ S. TAVARES DA SILVA, “O *Tetralema* do...”, p. 642.

⁷²⁴ A doutrina refere-se ao antecedente da “decisão das farmácias” (*Apotheken-Urteil*) de 1958 – cfr. S. TAVARES DA SILVA, *ibidem*, p. 643; e B. FASSBENDER, “El principio de...”, p. 63. Segundo este último Autor, foi a partir desse Ac. que se iniciou a verificação sistemática da observância pelo legislador do princípio da proporcionalidade (*BVerfG, Judgment of the First Senate of 11 June 1958 - I BvR 596/56*).

Uma determinada medida legislativa da União, expressão da acção centralizada, para ser reputada de proporcional, deve passar três testes: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Com efeito, “são três os subprincípios ou ‘testes’ co-envolvidos na aferição do respeito pelo princípio da proporcionalidade”, os quais “não podem ser vistos como absolutamente estanques entre si, pois, ainda que uns antecedam logicamente outros, acabam por se inter-influenciar e implicar mutuamente”⁷²⁵.

A definição e concretização destes critérios é relevante, não só porque garante ao legislador uma “pauta de acção” concreta, precisa e sindicável, mas também porque, do ponto de vista do controlo judicial, quanto mais clara e rigorosamente forem articulados os *standards* de controlo, mais facilmente poderá avaliar-se se o Tribunal está genuinamente a aplicá-los através de um raciocínio estruturado; ou se está, ao invés, e indesejavelmente desde a óptica do princípio da separação de poderes, a substituir a decisão controvertida por um juízo sobre a decisão *preferível*⁷²⁶. A aplicação rigorosa do princípio, através de um raciocínio estruturado que parta dos três subprincípios apontados, favorecendo a clareza e a certeza do direito, tem a virtualidade de orientar racionalmente o juízo do legislador (a montante) e de simultaneamente potenciar e limitar a actuação do juiz da União (a jusante).

É interessante notar a síntese feita pelo AG P. Léger (no contexto do Processo C-233/94), a propósito do princípio da proporcionalidade, referindo os seus três subprincípios através de fórmula tributária de *Fedesa* e *Schräder*⁷²⁷:

“Em primeiro lugar, há que recordar que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal, para determinar que uma disposição de direito comunitário está em conformidade com o princípio da proporcionalidade, é necessário verificar se os meios que utiliza são *adequados* para realizar o objectivo visado e se não ultrapassam aquilo que é *necessário* para o atingir. Quando, com efeito, existe uma escolha entre várias medidas apropriadas, há que recorrer à *menos coerciva* e os ónus impostos *não devem ser exagerados* relativamente aos objectivos prosseguidos”.

⁷²⁵ D. LOPES, *O Princípio da...*, p. 62.

⁷²⁶ Assim, G. DE BÚRCA, “Proportionality and Subsidiarity...”, p. 108.

⁷²⁷ Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 10.12.1996 (C-233/94). A fórmula é idêntica à utilizada pelo TJ em *Schräder* – AcTJ, 11.7.1989, *Schräder/Hauptzollamt Gronau* (C-266/87), § 21 (que o AG aliás cita).

Na medida em que o princípio da proporcionalidade está profusamente tratado, tanto na doutrina como na jurisprudência, parece-nos relevante destacar tão-somente algumas notas muito gerais quanto a estes seus critérios.

Relativamente ao critério ou (sub-)princípio da *adequação*, trata-se de aferir da relação e adequação entre meios e fins, ou seja, determinar se os meios empregues são apropriados para atingir os objectivos ou as finalidades visadas. Adequação é muitas vezes identificada com idoneidade⁷²⁸, aptidão ou mesmo *eficácia*⁷²⁹.

O critério da *necessidade* (*indispensabilidade*⁷³⁰), por sua vez, pressupõe também a análise entre meios e fins, por forma a avaliar se os meios são necessários para atingir os fins, estando em causa balançar interesses concorrentes. O legislador e/ou o juiz – conforme o momento de *acção* ou *controlo* em causa – terá designadamente de sopesar as consequências adversas da medida em face de um direito ou interesse digno de protecção, e determinar se essas consequências são efectivamente necessárias e, assim, justificadas. O teste da necessidade pressuporá avaliar designadamente se existe uma medida alternativa menos restritiva ou menos onerosa capaz de produzir o mesmo resultado (“*the less restrictive alternative*”)⁷³¹.

Quanto à proporcionalidade *stricto sensu* – nem sempre enunciada pelo Tribunal como integrando o controlo da proporcionalidade, mas verdadeiro e próprio “*momento normativo*”⁷³² –, trata-se de avaliar se a medida, mesmo podendo ser adequada e

⁷²⁸ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.º”, p. 392, consideram que o princípio da *adequação* é também designado princípio da *idoneidade*.

⁷²⁹ Uma medida será considerada *inidónea* para atingir o objectivo pretendido quando, por exemplo – e recorrendo ao exemplo clássico do processo *Cassis de Dijon* –, tratando-se de uma lei nacional que estabelece um grau de teor alcoólico mínimo para determinadas categorias de produtos com o declarado objectivo de evitar a proliferação no mercado de bebidas espirituosas susceptíveis de provocar mais facilmente habituação do que as bebidas de teor em álcool mais elevado, se deva todavia considerar: a) que, de qualquer forma, o consumidor pode já obter no mercado uma gama extraordinariamente variada de produtos de fraco ou médio teor em álcool; b) que, de qualquer forma, uma parte significativa das bebidas alcoólicas de forte teor em álcool, livremente comercializadas no mercado, é frequentemente consumida sob forma diluída. Cfr. o AcTJ, 20.2.1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (C-120/78), § 9 a 11.

⁷³⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.º”, p. 392.

⁷³¹ Uma medida será considerada *desnecessária* quando por exemplo – recorrendo ao exemplo do AcTJ, 20.2.1979, *Buitoni* (C-122/78) –, tratando-se da imposição de uma sanção de perda total de caução constituída enquanto contrapartida de um determinado compromisso, tendo essa sanção por fundamento subjacente o atraso na entrega da prova do cumprimento da obrigação, tudo com o declarado objectivo de garantir a boa gestão do sistema administrativo, se possa todavia considerar que existe uma solução intermédia, menos onerosa, que igualmente cumpre esse desiderato. A saber: punir o desrespeito do prazo com uma sanção pecuniária compulsória proporcional à importância do atraso (aumentando, consequentemente, com a importância daquele, mas sempre com uma base razoavelmente leve). Assim, no âmbito do referido caso, e nesse sentido, as Conclusões do AG F. Capotorti apresentadas em 30.1.1979.

⁷³² Assim, S. TAVARES DA SILVA, “O *Tetralema* do...”, p. 644 a 646. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 657 (cfr. ainda p. 670 a 672), refere que tem existido uma grande incerteza a respeito de saber se

necessária, tem um efeito excessivo ou desrazoável (proibição do excesso) considerando a importância dos interesses que serve. Trata-se do critério da “justa medida”. Com efeito, uma decisão normativa, mesmo que tendo passado os testes antecedentes, “pode, mesmo assim, continuar a ser excessivamente restritiva, quando se colocam na balança a medida dos interesses por ela afectados – a sua ‘carga coactiva’ – e a medida dos interesses por ela prosseguidos”⁷³³.

4.2. O artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE

O princípio da proporcionalidade encontra também posituação na CDFUE, aliás em mais do que um preceito, ficando também por esta via manifestada a sua natureza pluriforme: “*many faces and many expressions in EU law*”⁷³⁴.

Por um lado, o art. 49.º, depois de no seu n.º 1 expressamente formular o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), dedica o n.º 3 a consagrar o princípio da *proporcionalidade dos delitos e das penas*: “[a]s penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção”⁷³⁵. Trata-se de princípio consagrado pelas tradições constitucionais comuns aos EM e pela jurisprudência do TJUE⁷³⁶.

o terceiro elemento faz parte do “*Community test*”. Segundo o Autor, ainda que os tribunais europeus nem sempre façam referência a este elemento do teste da proporcionalidade, fá-lo-ão quando as partes apresentem específicos argumentos com ele directamente relacionados. Considerando todavia que um exame da jurisprudência mostra de modo irrefutável como este parâmetro desempenha um papel fundamental, e referindo alguns Acs. que o comprovam, D. GALETTA, “El principio de...”, p. 95 a 97.

⁷³³ D. LOPES, *O Princípio da...*, p. 69. Um exemplo de uma medida excessivamente rigorosa é-nos dada pelo mencionado caso *Buitoni*, já que será de considerar que a sanção de perda total de caução, imposta relativamente a um comportamento claramente menos grave do que o incumprimento *tout court* da obrigação (i. e., o mero atraso na entrega de documentos comprovativos), deve ser qualificada como excessivamente rigorosa em relação ao objectivo de uma boa gestão administrativa.

⁷³⁴ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 143.

⁷³⁵ Cfr., em comentário ao preceito, analisando ambos os princípios nele previstos, M. FERREIRA MONTE, P. FREITAS e M. SANTOS, “Artigo 49.º”. Os Autores, p. 559, assinalam que o n.º 3 do art. 49.º “não tem correspondência em nenhum outro texto relativo aos direitos fundamentais em vigor, designadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, referindo contudo que “a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão dispunha, no artigo 8.º, que ‘*A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...*’”. Também em comentário ao preceito, V. MITSILEGAS, “Article 49”.

⁷³⁶ Assim consta das *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais* (JO C 303, de 14.12.2007). Um problema que não trataremos, mas que é muito interessante do ponto de vista da aplicação do princípio da proporcionalidade no contexto do direito penal europeu, relaciona-se com o MDE. O princípio da proporcionalidade tem vindo a ser discutido em casos que relevam da aplicação da DQ 2002/584/JAI relativa ao MDE e aos processos de entrega entre os EM: trata-se de saber se o art. 49.º, n.º 3, da CDFUE, na medida em que estabelece o princípio da *proporcionalidade dos delitos e das penas*, constitui fundamento para a *não execução* de um MDE. Está em causa a emissão de MDE por infracções consideradas menores ou triviais no EM de execução (*petty offences*). Veja-se, sobre o tema, J. VOGEL e J. R. SPENCER, “Proportionality and the...”; V. MITSILEGAS, “Article 49”, em especial p. 1367 a 1369; o mesmo Autor, *EU Criminal...Europe*, p. 142 e ss.; A. MIRANDA RODRIGUES, “Judicial cooperation in...”.

Por outro lado, o art. 52.º, n.º 1, da Carta⁷³⁷, estabelece com grande importância em matéria de restrição de direitos fundamentais que “[q]ualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades”; e que “[n]a observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas *se forem necessárias e corresponderem efectivamente* a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”. VALSAMIS MITSILEGAS identifica o art. 52.º, n.º 1, da Carta, como integrando “[the] human rights concept of proportionality”⁷³⁸.

O preceito integra, assim, uma (i) “*procedural rule* (restrição “prevista por lei”), (ii) uma “*rule on the justification for limiting rights*” (“objectivos de interesse geral” e “direitos e liberdades de terceiros”) e (iii) “*a number of interlinked rules on the balancing test to be applied between rights and limitations*” (“respeitar o conteúdo essencial”, “princípio da proporcionalidade” e inerente requisito da *necessidade*)”⁷³⁹.

Segundo as *Anotações à Carta*, o n.º 1 deste art. 52.º trata do regime de restrições ao exercício de direitos e liberdades aí reconhecidos, inspirando-se a sua fórmula na jurisprudência do TJ.

A relevância da proporcionalidade na lógica da operatividade do MDE foi suscitada pela AG E. Sharpston no âmbito do caso *Radu* (C-396/11) – cfr. as Conclusões apresentadas em 18.10.2012, em especial § 60. O recente AcTJ, 5.4.2016, *Aranyosi e Căldăraru* (C-404/15 e apenso) assume também interesse a este propósito; vejam-se também as Conclusões do AG Y. Bot apresentadas em 3.3.2016 no âmbito desse mesmo processo, mais focadas nesta questão do que o próprio Ac. (o AG sublinha e reitera o controlo da proporcionalidade ao nível do EM de *emissão*, mas também se pronuncia sobre o controlo no EM de *execução*, parecendo admiti-lo – cfr. em especial § 154 a 166). Da análise dos referidos elementos doutrinários e jurisprudenciais parece poder concluir-se que, embora esteja acolhido o controlo da proporcionalidade na *emissão* do MDE (cfr. *Versão revista do Manual Europeu para a emissão do MDE*, 17195/1/10, 17.12.2010, p. 14), a questão não é inteiramente pacífica quanto à admissibilidade do controlo da proporcionalidade ao nível da respectiva *execução*, *maxime* com fundamento na diminuta gravidade da conduta. Como assinala V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 146, a questão é complexa, já que aceitar o recurso à pauta da proporcionalidade, ao nível do Estado de execução, para questionar a entrega com base na diminuta relevância da conduta punível (tratando-se em qualquer caso de crime abrangido pela DQ), poderia redundar em admitir o questionamento sobre a legitimidade da acção penal ao nível do Estado de emissão, com tudo o que isso necessariamente significa em termos de enfraquecimento do princípio do reconhecimento mútuo. Em sentido favorável ao controlo da proporcionalidade também ao nível do EM de *execução*, A. MIRANDA RODRIGUES, “Judicial cooperation in...”, p. 88 e ss.: a Autora considera que a ponderação sobre a proporcionalidade no EM de emissão não preclui que essa ponderação seja também feita no EM de execução, invocando argumentos essencialmente centrados no “custo económico” (“custo-benefício”), numa perspectiva da cooperação mais focada nos direitos das pessoas visadas (“*as Europeans and nationals*”), na específica natureza das decisões judiciais em matéria criminal e na necessária ponderação de todos os interesses em confronto (“*weighing of the several ‘interests’ at stake*”).

⁷³⁷ Cfr., em comentário ao preceito, com indicação de jurisprudência relevante, A. SILVEIRA, “Artigo 52.º”; S. PEERS e S. PRECHAL, “Article 52”.

⁷³⁸ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law...Europe*, p. 144.

⁷³⁹ S. PEERS e S. PRECHAL, “Article 52”, p. 1470.

Ainda conforme a Anotação, “.. segundo jurisprudência bem assente, podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições correspondam, efectivamente, a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos”. Trata-se da designada fórmula *Hauer*⁷⁴⁰, embora a Anotação refira o mais recente Processo C-292/97⁷⁴¹.

A Carta reconhece, no seu art. 6.º, o *direito à liberdade e à segurança*, sendo relevante assinalar que nas respectivas Anotações se especifica que “os direitos consignados no artigo 6.º devem ser respeitados especialmente” aquando da adopção de “actos legislativos na área da cooperação judiciária em matéria penal”, “nomeadamente tendo em vista a definição de disposições mínimas comuns em matéria de qualificação de infracções e de penas e determinados aspectos do direito processual”.

Como refere NUNO PIÇARRA, do ponto de vista da vinculação das instituições, órgãos e organismos da União (para além da vinculação dos EM quando *aplicam* o direito da União⁷⁴²), o art. 6.º é oponível “às medidas de natureza legislativa chamadas a enquadrar em termos gerais e abstractos o poder de privação da liberdade, por força do princípio do Estado de direito e de um dos seus corolários, que é o princípio da legalidade”. Com efeito, como aponta, “[a] União dispõe hoje de uma considerável competência para prever, por via legislativa, medidas de privação de liberdade (prisão e detenção), cuja validade deve ser escrutinada à luz do artigo 6.º da Carta”⁷⁴³.

O direito penal pode ainda interferir com outros direitos fundamentais que não apenas o *direito à liberdade*, como sejam, por exemplo, o direito de propriedade. Aliás, para lá da *norma de sanção*, e pensando concretamente na *norma de proibição*, poderá

⁷⁴⁰ Cfr. AcTJ, 13.12.1979, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz* (C-44/79); e AcTJ, 14.5.1974, *Nold KG/Comissão* (C-4/73).

⁷⁴¹ AcTJ, 13.4.2000, *Karlsson e o.* (C-292/97).

⁷⁴² Cfr. art. 51.º, n.º 1, da CDFUE, e as *Anotações*. Cabem nessa noção de “aplicação do direito da União”, designadamente, os casos de transposição de directivas. Nem sempre é fácil determinar quando os EM *aplicam* o direito da União, podendo defender-se interpretações mais ou menos restritivas, mas a transposição de directivas é um caso inequívoco. Sobre o tema, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2012, p. 462 e ss.: nessa medida, “*respect for fundamental rights should be regarded as an implicit part of the result to be achieved under the directive*” (p. 465).

⁷⁴³ N. PIÇARRA, “Artigo 6.º”, p. 94 e 95 (cfr. p. 96 e 97 para uma análise dos “quatro tipos” de “atos legislativos da União relativamente aos quais o artigo 6.º da Carta constitui um parâmetro de validade de especial importância”). Cfr., quanto à jurisprudência recente em torno do art. 6.º da Carta, exemplificando, AcTJ, 5.6.2014, *Mahdi* (C-146/14 PPU); AcTJ, 16.7.2015, *Lanigan* (C-237/15 PPU); AcTJ, 15.2.2016, *N.* (C-601/15 PPU).

estar em causa a interferência relativamente a uma multiplicidade de direitos: por referência à CDFUE, pense-se nos direitos ao respeito pela vida privada e familiar⁷⁴⁴, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião e associação, à liberdade profissional e direito de trabalhar, ou no direito de contrair casamento e constituir família, apenas para dar alguns exemplos.

4.3. Um “caso de estudo” à luz do artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE

Em matéria de restrições aos direitos e liberdades, assume especial relevância a jurisprudência do TJUE, que aliás modelou os termos do próprio art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, como as referidas *Anotações à Carta* reconhecem.

Podem referir-se centenas de Acórdãos em matéria de restrições aos direitos e liberdades reconhecidos pela ordem jurídica europeia, já desde os emblemáticos casos *Internationale Handelsgesellschaft* ou *Hauer*, já referidos. Não sendo o lugar para recensear toda essa jurisprudência, tomamos de exemplo um caso relativamente recente: o Ac. *Digital Rights Ireland*⁷⁴⁵.

Apesar de não estar em causa uma medida legislativa europeia aprovada no contexto das bases jurídicas dos arts. 82.º e 83.º do TFUE⁷⁴⁶, o caso afigura-se-nos muito relevante. Está em causa a anulação de uma directiva que, tendo por base jurídica o art. 95.º do ex-TCE, tem em vista a harmonização das disposições nacionais relativas à conservação de determinados dados de comunicação “para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves”; a finalidade essencial da medida identifica-se com a *luta contra o terrorismo internacional e a criminalidade grave*⁷⁴⁷. Vejamos com mais pormenor.

⁷⁴⁴ Vd. o já referido caso alemão sobre a criminalização do incesto que deu origem ao AcTEDH, 12.4.2012, *Stübing v. Germany* (43547/08), nos termos do qual se assinala que “[t]he applicant’s criminal conviction thus interfered with the applicant’s right to respect, at least for his private life” (§ 55), por referência ao art. 8.º da CEDH, correspondente ao art. 7.º da CDFUE.

⁷⁴⁵ AcTJ, 8.4.2014, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e o.* (C-293/12 e apenso).

⁷⁴⁶ Não encontramos Acs. que se pronunciassem sobre a validade de medidas *comunitárias* adoptadas neste contexto e que pudessem permitir uma análise, nesse específico domínio, sobre o “raciocínio da proporcionalidade”.

⁷⁴⁷ Interessante, no domínio da luta contra o terrorismo, são também os casos *Kadi*, proferidos no particular contexto das “sanções” ou “medidas restritivas”. Com efeito, no âmbito das referidas medidas, e em especial no domínio das *smart sanctions* (cfr. art. 215.º, n.º 2, do TFUE), verificam-se com particular expressão os desafios que resultam da dialética entre a gravidade e a reprovação dos actos que justificam a respectiva adopção e a necessidade de manter uma abordagem crítica que promova o respeito pelos direitos fundamentais dos visados. Com efeito, estas sanções – *maxime*, o congelamento de fundos (*assets freeze*) – têm pelas suas características uma repercussão grave na vida dos visados, conforme aliás comprovam as alegações levadas ao conhecimento do TJUE (cfr. o exemplo de Yassin A. Kadi,

Um tribunal irlandês e um tribunal austríaco dirigem ao TJ um pedido de decisão prejudicial sobre a validade da Directiva n.º 2006/24/CE, suscitando várias questões a esse propósito (cfr. a enunciação de § 17 a 21 do Acórdão). Concretamente, as dúvidas dos órgãos de reenvio prendem-se com a circunstância de a directiva visar harmonizar as disposições dos EM relativas à conservação, pelos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou das redes públicas de comunicação, de determinados dados (de comunicação) por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados *para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de infracções graves*, como os associados ao crime organizado e ao terrorismo.

O Tribunal começa por declarar, com apoio das Conclusões do AG⁷⁴⁸, que a directiva é constitutiva de ingerência nos direitos garantidos pelos arts. 7.º (direito ao respeito pela vida privada) e 8.º da Carta (direito à protecção de dados pessoais), mais expressando os termos do art. 52.º, n.º 1, da Carta.

No entender do Tribunal, procurando examinar o cumprimento dos pressupostos do art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, a conservação dos dados, embora constitua uma restrição grave, não é susceptível de afectar o *conteúdo essencial* dos referidos direitos (cfr. § 39 e 40). Já do ponto de vista da respectiva finalidade, declara que a *luta contra o terrorismo internacional e a luta contra a criminalidade grave* constituem um *objectivo*

sujeito a medidas de congelamento de fundos entre 2001 e 2012). A UE tem tido um papel muito relevante em matéria de afirmação dos direitos fundamentais dos visados pelos sistemas de sanções, em especial por intermédio do controlo jurisdicional dos actos europeus que as implementam; e isto mesmo quando se trate de mera “execução” de resoluções do CS da ONU. Os Acs. *Kadi* são o exemplo paradigmático; a breve referência justifica-se pelo papel desempenhado pelo princípio da *proporcionalidade*. O caso *Kadi I* é integrado pelo AcTPI, 21.9.2005, *Kadi/Conselho e Comissão* (T-315/01) (cfr. ainda AcTPI, 21.9.2005, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão* (T-306/01)) e pelo AcTJ, 3.9.2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão* (C-402/05 P e apenso). As duas instâncias discordaram essencialmente em matéria de violação dos direitos fundamentais dos recorrentes (atento o paradigma de fiscalização jurisdicional empregue), sendo de referir a extrema importância das Conclusões do AG M. Poiares Maduro apresentadas em 16.1.2008 para a orientação do segundo Ac. O caso *Kadi II* é integrado pelo AcTG, 30.9.2010, *Kadi/Comissão* (T-85/09) e pelo AcTJ, 18.7.2013, *Comissão e o./Kadi* (C-584/10 P e apensos). Neste último caso, ainda que com fundamentos diversos e particularidades várias, os Acs. são coincidentes nas suas conclusões. Destacando o AcTJ de 3.9.2008, de *Kadi I*, o TJ pronuncia-se em concreto sobre a violação do direito ao respeito da *propriedade* considerando a pauta da *proporcionalidade* (cfr. § 354 a 371). Conclui o Tribunal, tendo em conta a existência de violação de direitos de defesa do recorrente (direito de audição e direito a uma fiscalização jurisdicional efectiva – cfr. a conclusão de § 354 e a fundamentação que o antecede): “nas circunstâncias do caso em apreço, a imposição a Y. A. Kadi das medidas restritivas (...) constitui uma restrição injustificada do seu direito de propriedade” (§ 370). Note-se que este Ac., datado de 2008, não referencia o art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, mas incorpora a “doutrina” nele contida. Mas veja-se, com referência directa à CDFUE, o § 101 do AcTJ de 18.7.2013 em *Kadi II*. Para desenvolvimentos, e recensão dos Acs., o nosso “As ‘sanções ou...”, com indicação de outra bibliografia; na mesma *Themis*, M. L. DUARTE, “O Tribunal de...”.

⁷⁴⁸ Conclusões do AG P. Cruz Villalón apresentadas em 12.12.2013.

de interesse geral da União, na senda aliás de jurisprudência anterior (cfr. os casos *Kadi* quanto à invocada luta contra o terrorismo, e o caso *Tsakouridis* quanto à invocada luta contra a criminalidade grave⁷⁴⁹). Assim sendo, segundo o juiz da União, estando verificado o cumprimento das primeiras condições impostas pelo art. 52.º, n.º 1, resta “analisar a proporcionalidade da ingerência constatada” (cfr. § 45 e ss.).

O Tribunal começa por estabelecer o critério da proporcionalidade, referindo-se somente aos critérios da *adequação* e *necessidade* e citando alguma jurisprudência recente a esse propósito (a maioria da qual, todavia, segue a “fórmula moderna” de *Fedesa* e individualiza os três testes⁷⁵⁰).

É todavia na enunciação do paradigma da fiscalização jurisdicional do princípio da proporcionalidade que o Acórdão é particularmente interessante, até quando comparado com a demais jurisprudência sobre proporcionalidade, sendo demonstrativo de mais um caso de *cross-fertilization* com a jurisprudência do TEDH:

“47. Quanto à fiscalização jurisdicional do respeito destes requisitos [adequação e necessidade], uma vez que estão em causa ingerências em direitos fundamentais, o alcance do poder de apreciação do legislador da União pode revelar-se limitado em função de um certo número de elementos, entre os quais figuram, designadamente, o domínio em questão, a natureza do direito em causa garantido pela Carta, natureza e a gravidade da ingerência, bem como a sua finalidade (v., por analogia, no que respeita ao artigo 8.º da CEDH, acórdão TEDH, *S e Marper* c. Reino Unido (...), § 102...)”.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ AcTJ, 23.11.2010, *Tsakouridis* (C-145/09), § 46 e 47. Note-se que o TJUE refere, para além dos referidos Acs., o seguinte: “importa salientar, a este respeito, que o artigo 6.º da Carta enuncia o direito das pessoas não só à liberdade mas também à segurança”.

⁷⁵⁰ Cfr. AcTJ, 8.7.2010, *Afton Chemical* (C-343/09), § 45; AcTJ, 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert* (C-92/09 e apenso), § 74; AcTJ, 23.10.2012, *Nelson e o.* (C-581/10 e apenso), § 71; AcTJ, 22.1.2013, *Sky Österreich* (C-283/11), § 50; AcTJ, 17.10.2013, *Schaible* (C-101/12), § 29.

⁷⁵¹ Cfr. o AcTEDH, 4.12.2008, *S. and Marper v. The United Kingdom* (30562/04 e 30566/04), de que vale a pena citar excerto: “101. An interference will be considered ‘necessary in a democratic society’ for a legitimate aim if it answers a ‘pressing social need’ and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’. While it is for the national authorities to make the initial assessment in all these respects, the final evaluation of whether the interference is necessary remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see *Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, § 104, 18 January 2001, with further references). 102. A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights (see *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR

48. No caso vertente, tendo em conta, por um lado, o importante papel desempenhado pela protecção dos dados pessoais na perspectiva do direito fundamental ao respeito da vida privada e, por outro, a amplitude e a gravidade da ingerência neste direito que a Directiva 2006/24 comporta, *o poder de apreciação do legislador da União fica reduzido, havendo que proceder a uma fiscalização estrita*” (destaque nosso).

O Tribunal considera que a conservação dos dados em causa passa o teste da *adequação*, já que os dados que devem ser conservados “constituem um instrumento útil nas investigações penais”, podendo a conservação dos mesmos “ser considerada adequada à realização do objectivo prosseguido pela directiva” (§ 49 e 50).

Já quando ao critério da *necessidade*, o Tribunal deixa claro algo de primordial importância: “tal objectivo de interesse geral [*a luta contra a criminalidade grave, designadamente a criminalidade organizada e o terrorismo*], por muito fundamental que seja, não pode, por si só, justificar que uma medida de conservação como a que foi instituída pela Directiva 2006/24 seja considerada necessária para efeitos da referida luta” (§ 51). E mais clarifica que “as derrogações à protecção dos dados pessoais e as suas limitações devem ocorrer *na estrita medida do necessário* (acórdão IPI, C-473/12 ...) (§ 52)”, pelo que “a regulamentação da União em causa deve estabelecer regras claras e precisas que regulem o âmbito e a aplicação da medida em causa e imponham exigências mínimas, de modo a que as pessoas cujos dados foram conservados disponham de garantias suficientes que permitam proteger eficazmente os seus dados pessoais contra os riscos de abuso e contra qualquer acesso e utilização ilícita dos mesmos (...)” (§ 54).

Apreciando em concreto a directiva à luz do critério da *estrita necessidade* (§ 56 e ss.), o Tribunal observa, entre o mais, que a directiva “abrange de maneira geral todas as pessoas, todos os meios de comunicação electrónica e todos os dados relativos ao tráfego, não sendo efectuada nenhuma diferenciação, limitação ou excepção em função do objectivo de luta contra as infracções graves”.

Nestes termos, o Tribunal conclui:

2007-I). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider (see Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V)”. Veja-se ainda, casos citados, o AcTEDH, 27.5.2004, Connors v. The United Kingdom (66746/01), § 82; o AcTEDH, 10.4.2007, Case of Evans v. The United Kingdom (6339/05), § 77; AcTEDH, 4.12.2007, Case of Dickson v. The United Kingdom (44362/04), § 77 e ss.

“65. Resulta do que precede que a Directiva 2006/24 não estabelece regras claras e precisas que regulem o alcance da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta. Impõe-se pois concluir que esta directiva comporta uma ingerência nestes direitos fundamentais, de grande amplitude e particular gravidade na ordem jurídica da União, sem que essa ingerência seja enquadrada com precisão por disposições que permitam garantir que se limita efectivamente ao *estritamente necessário*.

69. (...) ao adoptar a Directiva (...), o legislador da União excedeu os limites impostos pelo respeito do princípio da proporcionalidade à luz dos artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da Carta” (destaque nosso).

5. O paradigma (segundo juízo rector) em contexto europeu: necessidade, subsidiariedade e *ultima ratio*

5.1. A necessidade, subsidiariedade e *ultima ratio* do direito penal e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo

Identificámos, no ponto 2. *supra*, o juízo rector da *necessidade* ou *carência* de tutela penal, a redundar na ideia de intervenção *subsidiária* ou de *ultima ratio* do direito penal à luz da sua natureza de maior gravidade. Assim, pode afirmar-se que as ideias de necessidade (ou carência), subsidiariedade e *ultima ratio*, não sendo absolutamente sinónimas, são fortemente interdependentes. Por essa razão, optámos, logo no início do texto, por nomear este segundo momento legitimador com a expressão “necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio*”.

Refere JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, nos termos que já se indicaram, que a limitação da intervenção penal assente no identificado critério da *necessidade* derivaria já de resto do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo: “[q]uando assim não aconteça [quando o direito penal não intervenha apenas nos casos em que todos os outros meios de política social se revelem insuficientes ou inadequados], aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio

da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação dos princípios da subsidiariedade e da proibição de excesso”⁷⁵².

Também SANTIAGO MIR PUIG, em reflexão dedicada ao princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal⁷⁵³, entende que “[u]ma vez que qualquer intervenção penal – desde a tipificação do crime à condenação e execução da pena – limita direitos, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo seria, portanto, um limite constitucional material fundamental, que condiciona a legitimidade da intervenção penal”. Para o Autor, “[o]utros limites geralmente aceites pelos penalistas (...) como os princípios da necessidade da pena, da subsidiariedade, da ultima ratio, da fragmentariedade e da intervenção mínima, da ofensividade e da exclusiva função de protecção de bens jurídico-penais, podem integrar-se no princípio constitucional da proporcionalidade em sentido amplo”.

O princípio da proporcionalidade constitui, como analisado, um inequívoco princípio geral de direito europeu, que se afirmou nesse ordenamento jurídico precisamente em sede de restrição de direitos e liberdades. E isto tanto enquanto *norma de acção*, como enquanto *norma de controlo*.

É verdade que “[n]ão é líquido que se possa agenciar, no direito europeu, um princípio de necessidade da lei penal, tal como é entendido nos ordenamentos jurídicos de alguns Estados-membros e, em particular, no português; por outro lado, se o princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos é, seguramente, um princípio geral de direito europeu, não é certo que ofereça critérios tão apurados como aquele”⁷⁵⁴.

Sem prejuízo do exposto, o problema do eventual desencontro entre o paradigma da tutela subsidiária de bens jurídico-penais (enquanto construção dogmática), e o princípio da proporcionalidade imbuído de força vinculante inclusive ao nível constitucional da UE, parece-nos suscitar-se com eventual maior expressão ao nível do primeiro *juízo rector*, ou seja, ao nível da teoria do bem jurídico (cfr. *infra*). Já do ponto de vista do segundo critério, ou seja, do ponto de vista do juízo da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio*, esse princípio europeu da proporcionalidade

⁷⁵² J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 128.

⁷⁵³ S. MIR PUIG, “O princípio da...”, p. 12 e 13.

⁷⁵⁴ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 144.

afigura-se-nos apto a acomodar as exigências fundamentais que presidem àquele critério.

Com tal asserção não pretendemos afiançar da impossibilidade de surgimento de qualquer *conflito*; ou sequer concluir que, estando em causa discutir da *legitimidade* de uma norma penal, se chegue a lineares “resultados aplicativos práticos” independentemente da pauta de controlo ser integrada pelo princípio da necessidade da lei penal *qua tale* ou pelo princípio da proporcionalidade consagrado na ordem jurídica da União.

Todavia, é a própria doutrina penal que reconhece que a força vinculante do paradigma depende, quanto a este juízo rector da necessidade, do princípio da proporcionalidade. Citámos já a esse propósito SANTIAGO MIR PUIG e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS; e poderemos citar novamente este último Autor quando refere, noutra sede, que o critério da *carência de tutela penal* “ganhou assento expreso no texto constitucional, concretamente, no acrescento introduzido pela revisão constitucional de 1982 ao art. 18.º, n.º 2” (a saber: “devendo as restrições *limitar-se ao necessário* para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) ⁷⁵⁵.

Aliás, tomando precisamente em linha de conta o modelo português que necessariamente nos serve de ponto de partida, e no que respeita a este segundo juízo rector (necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio*), não parece existir diferença substancial entre o segmento relevante do art. 18.º, n.º 2, da CRP, e o segmento correspondente da CFDUE: “devendo as restrições limitar-se ao necessário” *versus* “essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias” ⁷⁵⁶.

Com efeito, em ambos os casos se acentua o critério da *necessidade* enquanto sub-princípio do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. E note-se que os testes inerentes a esse sub-princípio pressupõem, em termos que já se deixaram enunciados a partir do exemplo europeu, indagar da “*less restrictive alternative*” ou seja, do meio mais benigno para assegurar o cumprimento da finalidade visada. O que não deixa de remeter para a ideia de *subsidiariedade* e de *ultima ratio* do meio em absoluto menos benigno – o direito penal.

⁷⁵⁵ J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...’”, p. 42.

⁷⁵⁶ R. MOURA RAMOS, “A Carta dos...”, p. 91, refere precisamente o “idêntico sentido” entre o art. 52.º, n.º 1, da Carta, e o art. 18.º, n.º 2, da CRP.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de validade da restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela CDFUE aplica-se em muitos e variados domínios, justificando-se assim uma fórmula mais abrangente, ou mais elástica, como aquela que está ínsita ao art. 52.º, n.º 1. Ora, nada impedirá que o contributo da dogmática jurídico-penal afine os termos de operatividade daquele princípio da proporcionalidade de direito da União em contexto precisamente penal; enriquecendo-o pela força persuasiva dos seus argumentos. Fala-se, ao nível nacional, em “fusão de postulados específicos de limitação jurídico-penais e jurídico-constitucionais no âmbito da análise da proporcionalidade”⁷⁵⁷, o que também se assume possível em *contexto europeu*.

O caso português, em especial que se refere à jurisprudência do TC que continuamente tem explorado as virtualidades do contributo da teoria penal para dar corpo ao art. 18.º, n.º 2, da CRP, como que afiança o optimismo que está subjacente a esta conclusão.

O próprio TJ parece aceitar, na esteira do TEDH, que também a proporcionalidade deve ser lida *em contexto*, pressupondo – como resulta do caso *Digital Rights Ireland supra* referenciado – que casos sensíveis reclamem o critério de uma *estrita necessidade*. É certo que naquele caso não se apreciava a validade de uma norma de direito penal substantivo. Todavia, em particular pelo *iter* argumentativo do Tribunal, o caso consente leituras análogas com efeitos nesta sede.

A propósito da jurisprudência TEDH, é de assinalar que o princípio da proporcionalidade ocupa um lugar central na lógica argumentativa daquele Tribunal Europeu em matéria de restrições a certos direitos e liberdades. Como refere ANNA MARIA MAUGERI⁷⁵⁸, recenseando jurisprudência relevante, “[n]a jurisprudência do TEDH qualquer interferência com direitos fundamentais deve ser necessária numa sociedade democrática e ser proporcional ao fim prosseguido; a interferência deve prosseguir um fim legítimo – apenas a protecção de um interesse geral pode justificar a violação de um direito fundamental – e deve existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim cuja realização é pretendida”.

⁷⁵⁷ M. BUNZEL, “La fuerza del...”, p. 169 a 171. Para o Autor, “*se ha demostrado que determinados postulados, como los referentes a la cuestión sobre el merecimiento y la necesidad de pena, la idea de ultima ratio así como la tesis del denominado carácter fragmentario del Derecho penal son en principio capaces de llevar a cabo un enriquecimiento de los principios específicamente penales en los distintos niveles del examen de proporcionalidad*”.

⁷⁵⁸ A. M. MAUGERI, “Fundamental Rights in...”, p. 376 e 377.

O princípio da proporcionalidade, enquanto pressuposto de qualquer restrição a direitos consagrados, encontra-se expressamente contemplado nos arts. 8.º, n.º 2, 9.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, e 11.º, n.º 2, relativamente aos direitos ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de expressão e à liberdade de reunião e associação, respectivamente⁷⁵⁹. Trata-se, não de uma cláusula limitativa geral à semelhança do que sucede na CFDUE, mas de “cláusulas limitativas *ad hoc*”⁷⁶⁰.

É interessante sublinhar, em termos que já se referiram *supra*, que ANTÓNIO M. ALMEIDA COSTA considera que a perspectiva da “dignidade penal” e do “princípio da subsidiariedade do direito penal, enquanto *ultima ratio*” (momentos que considera materialmente autónomos do critério do “*princípio de necessidade social*” que deve presidir à criminalização das condutas), está precisamente reflectida naqueles preceitos da CEDH⁷⁶¹.

Ao reconhecimento do mencionado requisito da “estrita necessidade”, acresce ainda a aceitação pelo TJUE, também na esteira do TEDH, de um controlo jurisdicional mais estrito, com a inerente restrição da margem de discricionariedade consentida ao legislador, nos domínios mais sensíveis do ponto de vista designadamente da natureza e

⁷⁵⁹ Estatui o art. 8.º, n.º 2, que se toma de exemplo: “[n]ão pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito [ao respeito pela vida privada e familiar] senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

⁷⁶⁰ Assim, A. SILVEIRA, “Artigo 52.º”, p. 594. Note-se que o art. 52.º, n.º 3, da CDFUE, estatui que “[n]a medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela [CEDH], o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção” – cfr. ainda as *Anotações*, JO C 303. Todavia, esse mesmo preceito também esclarece que tal disposição “não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla”. Como refere P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2012, p. 475, “[i]t would be therefore possible for the limitation conditions laid down in Article 52 (1) to apply in addition to those of the ECHR for Charter rights that correspond to ECHR rights, assuming that the Charter limitation was read as granting more extensive protection than application of the ECHR rules on limitations in the instant case”. No mesmo sentido, A. SILVEIRA, “Artigo 52.º”, p. 593: “será aplicável o regime jurídico que permita a menor restrição possível ao direito fundamental em causa”. Este ponto é importante na perspectiva do direito penal. Pense-se na circunstância de a CEDH prever, naquelas cláusulas *ad hoc*, a “protecção da moral” como critério justificativo da restrição. Ora, do ponto de vista do direito penal e do paradigma legitimador que vimos analisando, a protecção da moral enquadra um dos pressupostos de criminalização que deve ser recusado – cfr., todos de C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 52 e 53, “¿Es la protección...”, p. 449 e ss., “El concepto de...”, p. 11 (para a recensão de diferentes visões, T. HÖRNLE, “Theories of Criminalization”, p. 692 e ss). Essa tensão ficou bem patente na jurisprudência em torno do caso alemão do “incesto”, já enquadrado, assinalando-se que o TEDH acabaria por aceitar a *protection of morals* como *legitimate aim* à luz do art. 8.º da CEDH (§ 57) (cfr., para uma perspectiva crítica quanto às razões moralistas subjacentes à criminalização, o voto de vencido do Juiz Hassemer no julgamento do TC Alemão). Cfr. ainda, nas relações entre a “*protection of morals*” e o direito penal, mas no sentido da efectiva violação do art. 8.º da CEDH, o AcTEDH, 22.10.1981, *Dudgeon v. The United Kingdom* (7525/76) – cfr., em especial, § 42 e ss.

⁷⁶¹ A. M. ALMEIDA COSTA, “Alguns princípios para...”, p. 205 e 206.

gravidade da ingerência (cfr. igualmente o referido caso *Digital Rights Ireland*). Assumindo-se o direito penal como a mais gravosa de todas as ingerências, tal exigência acrescida parece também frutífera nesta sede.

Finalmente, cumpre referir que o princípio da *ultima ratio* da lei penal surge afirmado nos documentos oficiais oriundos das três instituições co-responsáveis pelo rumo da política criminal europeia, já referidos, como um princípio fundamental: atente-se nas posições expressas pelo Conselho⁷⁶², pela Comissão⁷⁶³ e pelo Parlamento Europeu⁷⁶⁴. A afirmação da *ultima ratio* surge também evidenciada pelo próprio Conselho Europeu no respectivo Programa de Estocolmo⁷⁶⁵.

Também é importante referir mais uma vez, não obstante o seu evidente carácter não vinculativo, o *Manifesto on European Criminal Policy*. Também esse documento afirma, ao lado da exigência de identificação do “bem jurídico” (a referir *infra*), o princípio da *ultima ratio*, fazendo-o corresponder com o princípio de direito da União da proporcionalidade e assinalando a vertente procedimental de justificação a cargo do legislador europeu⁷⁶⁶.

⁷⁶² O Conselho assinala que “[a]s disposições de direito penal apenas deverão ser introduzidas quando consideradas essenciais para a [protecção] dos interesses e, por regra, apenas deverão ser usadas como último recurso”, e que “devem ser aprovadas em conformidade com os princípios estabelecidos nos Tratados, em que se incluem os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, visar condutas claramente definidas e delimitadas que não possam ser eficazmente combatidas através de medidas menos severas”. Em vários pontos do documento se evidencia ainda o critério de protecção de um “direito ou interesse essencial”.

⁷⁶³ A Comissão declara que “os inquéritos e as sanções penais podem ter repercussões significativas sobre os direitos dos cidadãos e ter, nomeadamente, um efeito estigmatizador”, pelo que “o direito penal deve continuar a ser uma medida de último recurso”; na opinião da Comissão, tal “reflecte-se no princípio geral da proporcionalidade”, que identifica por remissão para os art. 5.º, n.º 4, do TUE, e “no que diz respeito especificamente às sanções penais” por remissão para o art. 49.º, n.º 3 da Carta. A Comissão considera ainda que “o legislador deve examinar se outras medidas, para além das medidas de direito penal, por exemplo regimes de sanções de natureza administrativa ou civil, podem assegurar uma aplicação satisfatória da política em causa ou se o direito penal permitiria resolver os problemas mais eficazmente”. Todavia, em nossa opinião, o documento surge eivado de contradições.

⁷⁶⁴ Para o PE, “o direito penal pode restringir alguns direitos humanos e liberdades fundamentais de pessoas suspeitas, acusadas ou condenadas, além de as investigações penais poderem eventualmente ter um efeito estigmatizador, e tendo em conta que o uso excessivo da legislação penal conduz a um declínio da eficiência, o direito penal deve ser aplicado como medida de último recurso (*ultima ratio*), caso se venham a verificar certas condutas claramente definidas e delimitadas que não possam ser eficazmente tratadas com medidas menos severas e que causem danos significativos à sociedade ou aos indivíduos”.

⁷⁶⁵ No Programa de Estocolmo pode ler-se que as novas iniciativas legislativas “deverão ser apresentadas apenas após verificação da observância dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade e após uma cuidadosa preparação, incluindo avaliações de impacto prévias”. E mais que “[d]everão ser introduzidas disposições de direito penal quando consideradas essenciais para a protecção de interesses e, regra geral ser utilizadas apenas como último recurso”.

⁷⁶⁶ EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 88, ponto 2. (I.). Para comentários e desenvolvimentos, M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...” (note-se que a Autora refere o princípio da proporcionalidade sem alusão ao art. 52.º, n.º 1, da Carta – cfr. p. 17, nota 47, por referência à nota 29). Em apoio expresso ao *Manifesto*, A. MIRANDA RODRIGUES, “O Tratado de...”, p. 191.

Em face de tudo o exposto, parece-nos de aceitar que o paradigma da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal, enquadrado pelo princípio da proporcionalidade designadamente consagrado pelo direito da União, se afirma enquanto *norma de acção* e *norma de controlo* também em contexto europeu.

Todavia, uma vez que o direito penal é universo de tensão e conflito, a afirmação não prescinde de uma análise complementar. Assim, haverá que ter em conta a jurisprudência em eventual *contra-corrente* do TEDH.

5.2. O carácter problemático das obrigações positivas de criminalização à luz da jurisprudência do TEDH

Uma das questões tradicionalmente desenvolvida pela doutrina penal que discute os termos da fértil relação entre a Lei Fundamental e o “ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa”⁷⁶⁷ relaciona-se com as obrigações ou imposições, expressas ou implícitas, de tutela penal.

Nos termos que ficaram enunciados *supra*, o legislador, gozando de ampla margem de liberdade na definição da política criminal, está contudo *negativamente* vinculado: o arsenal do direito penal apenas poderá ser utilizado na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A questão que se coloca agora é a de saber se o legislador está *positivamente* vinculado. Ou seja, se está constitucionalmente obrigado a criminalizar determinadas condutas lesivas de bens jurídicos, havendo de distinguir, de entre as imposições de tutela penal, as expressas das implícitas.

Em termos gerais, no caso em que o legislador constitucional antecipa uma determinada valoração, reconhecendo a *dignidade* de um valor, e mais declara expressamente a *necessidade* da intervenção penal para o proteger, tal imposição, sendo expressa, vincula o legislador ordinário, definindo um limite ao seu poder de conformação. Relativamente às imposições expressas, e no que concerne à CRP, pode assinalar-se o respectivo art. 117.º, n.º 3, encontrando-se nele uma ordem de legislar jurídico-penalmente vinculante⁷⁶⁸. No entanto, devidamente ressalvado esse caso, é de

⁷⁶⁷ J. FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de...*, p. 121.

⁷⁶⁸ Assim, J. FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de...*, p. 122 a 124. Sobre o tema, articulando o “princípio constitucional da responsabilidade criminal dos titulares dos cargos políticos” (à data, art. 119.º da CRP) e o “princípio da intervenção mínima”, cfr. F. COSTA PINTO, “A intervenção penal...”. Chamando à colação outros ordenamentos e identificando normas que expressamente impõem ao

aceitar como princípio genérico que o sistema jurídico-constitucional português não consagra obrigações constitucionais expressas de criminalização.

A questão torna-se todavia mais complexa quando se indaga da existência de obrigações implícitas de criminalização. O problema parece colocar-se tanto em sede de discussão do princípio da separação de poderes (na medida em que possa interceder um controlo constitucional da omissão)⁷⁶⁹, como em sede de discussão do paradigma da tutela *subsidiária* de bens jurídicos que vimos analisando.

Tais obrigações implícitas poderiam revelar-se, seguindo EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI⁷⁷⁰, quando as Constituições vinculam à garantia, tutela ou protecção de um bem, ou à proibição ou repressão das ofensas a esse bem. No entanto, concorda-se com os Autores quando defendem que, não sendo prescrito o modo de realizar essa tutela ou a repressão dessa ofensa (pois tal consubstanciaria uma obrigação expressa), ao legislador cabe “no exercício da sua discricionariedade, a *escolha* dos *meios mais adequados* aos deveres de tutela e repressão que lhe são confiados na Constituição”, na medida em que a uma obrigação genérica de tutela não equivale uma obrigação de tutela *penal*⁷⁷¹.

Na doutrina portuguesa, constitucional e penal, encontramos igualmente expressões deste entendimento. J. J. GOMES CANOTILHO define como premissa a “inexistência, na Constituição de 1976, da *obrigação de penalização* por ofensa de bens constitucionalmente protegidos”, reconhecendo “ampla margem ao legislador penal quanto à individualização dos bens carecidos de tutela penal”⁷⁷². JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sustenta que “onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir essa injunção”, mas “onde, porém, inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucional (...) não é

legislador a incriminação de ofensas a determinados bens jurídicos nas Constituições italiana, alemã, espanhola e brasileira, E. DOLCINI e G. MARINUCCI, “Constituição e escolha...”, p. 170 e ss.

⁷⁶⁹ Destaca essa dimensão F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”, p. 431, referindo-se à jurisprudência do TC italiano: “*el resultado seria en la práctica la creación de un nuevo tipo penal, que el principio de legalidad reserva exclusivamente al legislador*”. Todavia, como assinala, *ibidem*, p. 459, já é admissível “*un controllo ex post en clave limitativa de la decisión de criminalizaciones ya adoptada por los parlamentos, conforme a estándares muy respetuosos de la esfera de discrecionalidad del legislador*”.

⁷⁷⁰ E. DOLCINI e G. MARINUCCI, “Constituição e escolha...”, p. 179 e ss.

⁷⁷¹ Em sentido paralelo, C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 64; W. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, p. 98 e ss.

⁷⁷² J. J. GOMES CANOTILHO, “Teoria da legislação...”, p. 855 e 856.

legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam”⁷⁷³.

A questão das obrigações (constitucionais) de criminalização assume especial importância no âmbito do constitucionalismo “multinível” em que necessariamente opera o direito penal europeu – cfr. o art. 6.º do TUE e o art. 52.º da CDFUE.

Neste âmbito, assinala-se a relevância da jurisprudência do TEDH, a introduzir tensão argumentativa na recusa de tais obrigações de criminalização. Fala-se de uma “aceleração da penalização”, motivada precisamente pelo facto de o discurso penal vir a sofrer a influência argumentativa de uma mudança de perspectiva; ou de obrigações de “nova geração” eventualmente capazes de granjear maior aceitação doutrinária⁷⁷⁴.

Sendo certo que se identificou *supra* o carácter de *garantia* associado à jurisprudência de proporcionalidade do TEDH⁷⁷⁵, haverá igualmente que reconhecer uma outra dimensão da jurisprudência desse Tribunal. Trata-se de uma dinâmica em eventual contra-corrente com o paradigma que vimos analisando, na medida da imposição aos Estados, em nome precisamente da protecção dos direitos humanos, de obrigações de criminalização. Ou seja, ao invés da *limitação* do poder punitivo do Estado, está em causa legitimar, fundamentando-a, a *expansão* desse poder. Nessa medida, refere-se a tensão que emerge da “dupla função, de travão e de motor” dos direitos fundamentais relativamente ao poder punitivo⁷⁷⁶.

A jurisprudência do TEDH a que nos referimos é vasta e surge recenseada na doutrina⁷⁷⁷, estando sobretudo em causa a protecção dos direitos à vida e ao respeito

⁷⁷³ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte...*, p. 129 e ss. Em sentido divergente, L. L. STRECK, “Bem Jurídico e...”. Também C. FERREIRA DA CUNHA, “*Constituição e Crime*”..., p. 345 e ss., no sentido de “um núcleo (muito embora restrito) de constitucionalmente obrigatória intervenção penal”.

⁷⁷⁴ Assim, S. MANACORDA, “Dovere di punire...”, p. 310.

⁷⁷⁵ Veja-se nesse sentido a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no caso *Söderman v. Sweden* (5786/08), referindo que o TEDH, para além de sindicar a decisão de não criminalização de uma determinada conduta (questão de que se ocupa o Ac. e a opinião do Juiz), também indica a excessiva ou desproporcionada criminalização; indica vários Acs. igualmente nesse último sentido (nota 18), entre os quais *Dudgeon* e *Stübing*, citados.

⁷⁷⁶ S. MANACORDA, “Dovere di punire...”, p. 337. A. MIRANDA RODRIGUES, “Globalização, Democracia e...”, p. 301, expressa que se pede hoje ao direito penal que “satisfaga, pois, ‘paradoxalmente’, duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da protecção dos direitos das pessoas; e que amplie os poderes do Estado, também em nome do direito das pessoas”.

⁷⁷⁷ Cfr. J. W. OUWERKERK, “Criminalisation as a...”; A. M. MAUGERI, “Fundamental Rights in...”. Em termos particularmente desenvolvidos, S. MANACORDA, “Dovere di punire...”; F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”. Também sobre o tema, a nota de P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 379. Cfr. ainda a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no caso *Söderman v. Sweden* (5786/08), com abundantes referências jurisprudenciais e concluindo: “*guaranteeing the Convention right to protection of*

pela vida privada ou familiar, e ainda a proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Tomando de exemplo o paradigmático *Ac. X and Y*⁷⁷⁸, num caso ocorrido na Holanda relacionado com a prática de actos sexuais não consentidos contra uma jovem de 16 anos incapaz por anomalia psíquica, o correspondente processo penal não foi promovido pela circunstância, determinada pelas particularidades da lei nacional, de os factos consubstanciarem a prática de crime dependente de queixa (queixa que, no caso, se considerou inexistir para efeitos de promoção do processo penal, por ter sido apresentada pelo pai da vítima e não pela própria, já com 16 anos, e por isso titular do direito à queixa nos termos da lei nacional⁷⁷⁹).

O TEDH, depois de enunciar a existência de obrigações positivas inerentes a um efectivo respeito pela vida privada ou familiar, sublinha que existem diferentes modos de o assegurar e que a natureza da obrigação do Estado depende do particular aspecto da vida privada que esteja em causa; mais enuncia, em termos relevantes, que o recurso à lei penal não constitui *necessariamente* a única solução. Todavia, no § 27 do Acórdão, o TEDH declara:

“27. O Tribunal considera que a protecção concedida pelo direito civil no caso de acções danosas [*wrongdoing*] do tipo infligido a Y é insuficiente. Trata-se de um caso em que valores fundamentais e aspectos essenciais da vida privada estão em questão. Uma dissuasão eficaz é indispensável neste âmbito e apenas pode ser conseguida por via de normas penais; com efeito, a matéria é normalmente regulada por normas dessa natureza”.

É importante referir que o TEDH assinalou tratar-se, não tanto de uma lacuna quanto ao direito penal substantivo então vigente, mas essencialmente de um obstáculo processual. Com efeito, pode ler-se naquele mesmo § 27 que o sistema holandês optou, *nesta área*, em termos gerais, por um sistema de protecção baseado na lei penal, verificando-se nas circunstâncias do caso um “obstáculo processual que o legislador holandês aparentemente não previu”.

one's image requires the criminalisation of covert filming and photographing of children and adults”. Note-se que, segundo W. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, p. 101, também o TC Alemão formulou “mandatos de criminalização”, apoiando-se no dever estatal de proteger um bem jurídico.

⁷⁷⁸ AcTEDH, 26.3.1985, *X and Y v. The Netherlands* (8978/80) (traduções, no texto, nossas).

⁷⁷⁹ Ou seja, a lei nacional não ponderava a circunstância de a menor, em razão de anomalia psíquica, não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa.

Na jurisprudência do TEDH ora em análise, pode de facto verificar-se, mais do que uma censura em face de lacunas de punibilidade, a identificação de insuficiências na investigação criminal⁷⁸⁰ ou na prevenção do crime⁷⁸¹, a justificar a censura ínsita às decisões. Nessa medida, poderia afirmar-se, em geral, que a mencionada *tensão* é mais aparente do que real, na medida em que o TEDH funda o juízo da violação da CEDH mais em deficiências de índole processual do que em lacunas de punibilidade cuja identificação determine a injunção ao Estado-parte de verdadeiras *obrigações de criminalização*.

Todavia, não é certo que todos os casos relevem apenas dessa dinâmica (meramente) procedimental⁷⁸². Por outro lado, não é impossível identificar casos em que o TEDH se pronuncia sobre os pressupostos da punibilidade, implicando a redução das margens da *não punibilidade* (veja-se o caso *M.C. v. Bulgária*⁷⁸³). A este último

⁷⁸⁰ Ex.: AcTEDH, 18.6.2013, *Banel v. Lithuania* (14326/11). Neste caso, tendo ocorrido a morte de uma criança causada pela ruptura e queda de uma varanda de um edifício, não esteve tanto em causa a censura à conformação do direito penal substantivo, mas questões inerentes às deficiências na investigação criminal. O TEDH conclui pela violação da CEDH considerando a “componente processual” lacunosa (cfr. § 71 e 72 – “*the investigating officers had acted without due diligence when collecting evidence, and had ignored possibilities of identifying those accountable, including bringing charges against the managers of the Vilnius municipality or Naujamiestis district (...) the Court concludes that the domestic authorities did not display due diligence in protecting the right to life of the applicant’s thirteen-year-old son*”). Valora-se positivamente a prudência do TEDH em não fazer derivar uma obrigação de criminalização no caso de condutas negligentes (“*if the infringement of the right to life or to personal integrity has not been caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case*”, § 48).

⁷⁸¹ Ex.: AcTEDH, 28.10.1998, *Osman v. United Kingdom* (23452/94). Cfr. ainda como exemplo, identificando lacunas quer em termos de prevenção do crime, quer em termos de eficácia da investigação criminal, o AcTEDH, 30.11.2004, *Öneryildiz v. Turkey* (48939/99), a referir com mais detalhe *infra*.

⁷⁸² Veja-se a análise de F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”, p. 445 e ss. Relevante é ainda a reflexão do Autor, p. 462, quando faz derivar das recorrentes “obrigações processuais” impostas aos Estados (a redundar em exigências de “eficácia” da acção penal) verdadeiras “obrigações de criminalização”: “*el Estado no puede, en el caso concreto, cumplir sus propias obligaciones de esclarecer lo acaecido, poniendo así la víctima en condiciones de obtener tutela, si el hecho no tiene relevancia penal*”.

⁷⁸³ Neste Ac. (AcTEDH, 4.12.2003, *M.C. v. Bulgária* (39272/98), a requerente alegava que a lei e prática nacionais (sobretudo ao nível da interpretação dos tribunais) exigiam, nos casos de crime de violação, a prova da resistência física da vítima, não relevando todas as circunstâncias relevantes em torno da existência ou falta de consentimento, e por isso deixavam impunes “*certain acts of rape*” (§ 111). O TEDH declara o seguinte: “150. (...) *effective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions (...) 153. On that basis, the Court considers that States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution*”. Pronunciando-se demoradamente sobre os elementos constitutivos do crime de violação (cfr. § 154 e ss.), o Tribunal declara: “166. (...) *any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim*”. É certo que o TEDH acaba por concluir que o problema estava menos na lei nacional do que na interpretação que dela faziam as autoridades judiciais nacionais

propósito, FRANCESCO VIGANÒ refere casos em que o TEDH considerou “ilegítimas” certas *causas de justificação* previstas na lei nacional susceptíveis de subtrair da punição condutas injustificadamente lesivas na perspectiva da Convenção (cfr. o caso *A. v. Reino Unido*⁷⁸⁴).

Mesmo que se concluísse estar sempre em causa uma mera dimensão “procedimental”, tal circunstância não afastaria a pertinência do discurso que reclama a *ultima ratio*, em especial quando o TEDH não se dispensa de declarações de princípio como aquela que está subjacente ao § 27 de *X and Y* ou ao § 93 de *Öneryildiz v. Turkey*⁷⁸⁵. Ou quando dessa jurisprudência é possível inferir obrigações de “efectiva punição” de condutas lesivas de direitos humanos⁷⁸⁶.

Cumprе referir que não perspectivamos as obrigações de tutela penal derivadas da CEDH como especialmente problemáticas do ponto de vista da teoria do bem jurídico, tendo em conta a tese da mútua referência entre a ordem constitucional e a

(cfr. § 170), mas o que releva, para os efeitos que analisamos, é a indicação de fundo. Aliás, a conclusão do Tribunal, no sentido da violação da CEDH, acaba por estar fundada no seguinte raciocínio: como os órgãos de investigação organizaram a investigação sempre tendo por subjacente a perspectiva interpretativa censurada (“*practically elevating ‘resistance’ to the status of defining element of the offence*”, §182), logo a investigação foi lacunosa. Ou seja, no fundo, o TEDH, ao considerar que a investigação e as suas conclusões “*must be centred on the issue of non-consent*” (§181), pronuncia-se sobre os pressupostos da punibilidade desejável. Parece aqui oportuna a observação de T. PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime...*, p. 558: “[a] necessidade de justificar a criminalização ‘absoluta’ no Estado-de-Direito também implica a necessidade de justificar a criminalização ‘relativa’ (certos actos e não outros)”. Sobre a relevância do dissentimento em especial na violação, em sentido que nos parece próximo ao do Ac., T. PIZARRO BELEZA, “Consent – It’s as...”.

⁷⁸⁴ F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”, p. 449. Cfr. o AcTEDH, 23.9.1998, *A. v. The United Kingdom* (25599/94): num caso em que ficara provada a prática de castigos corporais, contra um menor, pelo seu padrasto, um tribunal inglês ponderou a designada “*reasonable chastisement defence*”. Conforme consta (§ 10 e 14), não era controverso que o padrasto havia agredido o menor com uma cana por mais do que uma vez, mas tinha sido ponderada a necessidade e razoabilidade da ofensa com base no direito a corrigir um menor indisciplinado, já que, nos termos da lei inglesa “[p]arents and other persons in loco parentis are protected by the law if they administer punishment which is moderate and reasonable in the circumstances”. O TEDH declarou a violação do art. 3.º da CEDH (proibição de tortura ou de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), mas a fundamentação é sucinta (§ 19 a 24) e a conclusão algo equívoca: não resulta claro se o Tribunal censura a própria existência daquela *causa de justificação* ou a circunstância de, *in casu*, não ter sido ponderada a severidade do castigo e assim ter a lei sido *mal aplicada*. Da leitura dos pontos relevantes, inclinamo-nos para a primeira hipótese (cfr., em especial, § 23 e 24).

⁷⁸⁵ AcTEDH, 30.11.2004, *Öneryildiz v. Turkey* (48939/99). Estava em causa a morte de várias pessoas, incluindo familiares directos do queixoso, na sequência de uma explosão de gás ocorrida numa lixeira municipal sita junto de um “bairro de lata” (*slum*), na Turquia. Foi promovido um processo crime contra dois *mayors*, condenados pelo tribunal de primeira instância em pena de multa e em pena de prisão de três meses, esta substituída por pena de multa, cuja suspensão foi determinada nos termos da lei nacional, decisão confirmada em sede de recurso (§ 34 e 35). Aos arguidos fora imputada a prática de crime previsto no art. 230.º do CP turco (“*negligence in the perform of public duties*”). O TEDH considera que, por não ter sido apurada a responsabilidade pela prática do crime de homicídio negligente, mas apenas pela prática do crime previsto naquele referido art. 230.º, existe uma violação do art. 2.º no seu “aspecto procedimental” – vejam-se os § 93, 112 e 115 a 118 e a opinião dissidente do Juiz Törman.

⁷⁸⁶ Assinalando essa dimensão, F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”, p. 435 e 436, ainda p. 449 e ss.

ordem dos bens jurídico-penais já analisada. Nessa medida, a CEDH, assim como a CDFUE, pode erigir-se em referente axiológico-normativo fundante do direito penal europeu⁷⁸⁷.

Os “mandatos de criminalização” orientados à protecção de bens jurídicos acabam por até reafirmar a própria teoria do bem jurídico. Como refere WINFRIED HASSEMER por referência ao sistema alemão, embora criticando as abordagens da “proibição de defeito”, não se constrói uma proibição de defeito sem a ideia de bem jurídico: “[r]econstruídos penalmente, a proibição de defeito e o cumprimento de um dever de protecção são instrumentos de actuação que pressupõem necessariamente a noção de um bem jurídico, sendo indiferente que substantivo o denomine”⁷⁸⁸.

Todavia, e como se referiu *supra*, da existência de um valor jurídico-constitucional não parece legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam. E isto precisamente considerando as exigências da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal: mesmo quando está em causa o direito à vida – bem jurídico primordial e incontestável – não é certo que o direito penal (e a correspondente acção penal) seja *sempre e em qualquer caso* a resposta em termos de tutela adequada, necessária e proporcional desse bem.

A Juíza F. Tulkens sublinhou isso mesmo na sua opinião concordante separada ao Ac. *M.C. v Bulgaria*, um caso de grande interesse quanto à temática dos contornos da punibilidade⁷⁸⁹, justificando-se a citação parcial:

“(…) Considero que os procedimentos penais devem manter-se, tanto na teoria como na prática, como um remédio de último recurso ou subsidiário e que o seu uso, mesmo no contexto de obrigações positivas, reclama um certo grau de ‘contenção’ [*restraint*]. Quanto ao postulado de que os remédios penais são, em todos os casos, os mais eficazes em termos de prevenção, as observações constantes do *Report on Decriminalisation* do *European Committee on Crime Problems* claramente demonstram que a eficácia da prevenção geral baseada no direito penal depende de vários factores e que essa abordagem ‘não é a única forma de prevenir comportamento indesejado’” (tradução nossa).

⁷⁸⁷ Essa concepção tem sido particularmente desenvolvida, a partir da CDFUE, por M. FERREIRA MONTE, *O Direito Penal...*, *passim*.

⁷⁸⁸ W. HASSEMER, ¿Puede haber delitos..., p. 101 a 103, sobre a “*prohibición de defecto*”.

⁷⁸⁹ Cfr. quanto ao caso, nota *supra*.

É importante sublinhar que da referida jurisprudência do TEDH resulta a declaração de responsabilidade do Estado por violação das suas obrigações convencionais: não está em causa a condenação dos Estados-parte na modificação da sua legislação penal⁷⁹⁰.

De todo o modo, no contexto *multinível* que foi identificado, não pode deixar de afirmar-se a relevância desta jurisprudência, ao testar, por via da censura que lhe vai associada, os limites dos sistemas penais internos com a inerente (re)configuração dos princípios que vimos analisando. Tudo a contribuir portanto no sentido da *expansão*, que não do *limite*, do direito penal por via da protecção dos direitos fundamentais.

Com efeito, e seguindo FRANCESCO VIGANÒ⁷⁹¹, a decisão de utilizar o instrumento penal requer uma especial legitimação, que não pode basear-se tão só na consideração do bem jurídico a tutelar, designadamente quanto ao seu lugar na hierarquia de valores, mas deve ainda passar por um ulterior e complexo exame, que a ciência penal contemporânea sintetiza na fórmula de *extrema* ou *ultima ratio* e que redunde, traduzido em “linguagem de direito constitucional”, num juízo particularmente rigoroso da proporcionalidade (em sentido amplo). Ora, obrigações como as analisadas parecem poder limitar a discricionariedade do legislador penal nacional na determinação do *se* e *quantum* da criminalização, precludindo a hipótese de ponderação da *não necessidade* do instrumento penal na presença de agressões àqueles direitos⁷⁹².

6. O paradigma (primeiro juízo rector) em contexto europeu: bem jurídico-penal versus “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União” e “necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”

6.1. O relevante problema do *fim*

Concluimos no ponto 5. no sentido da identificação entre o critério da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* e o princípio da proporcionalidade consagrado

⁷⁹⁰ Fazendo essa ressalva, e mais assinalando que também não está em causa a desaplicação de norma da qual resulte a não punibilidade dos responsáveis pelas violações, ou a reabertura de investigações, F. VIGANÒ, “La arbitrariedad del...”, p. 454.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 458 e p. 466.

⁷⁹² *Ibidem*.

designadamente pelo direito da União, identificação desde logo consentida pela letra do art. 52.º, n.º 1, da CDFUE (“essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias”), até por comparação com o art. 18.º, n.º 2, da CRP (“devendo as restrições limitar-se ao necessário”). Em eventual contra-corrente com esse paradigma, assinalámos a doutrina das obrigações de criminalização decorrentes da CEDH.

Pese embora a relevância do critério da necessidade/subsidiariedad/*ultima ratio*, o mesmo não deverá ser reconhecido como critério único de legitimação do direito penal europeu: a subsidiariedad deverá ser pensada como “complemento imprescindível do pensamento do bem jurídico”⁷⁹³. CLAUS ROXIN, embora se refira a uma “‘ciência da subsidiariedad’ autónoma, a desenvolver juntamente com a teoria do bem jurídico”⁷⁹⁴, considera que tal não põe em causa a relevância fundamental daquele primeiro filtro de legitimação, já que ambos “se complementam mutuamente”.

Muito relevantemente, “não existe uma proporcionalidade em si mesma, já que há-de necessariamente pôr-se em relação a intervenção estatal com os objectivos por ela perseguidos [nota nossa: os fins], sendo que as características e a dimensão da protecção de bens jurídicos jogam aqui um papel importante”⁷⁹⁵. Com efeito, e isto é patente na jurisprudência sobre proporcionalidade, os testes ínsitos a este princípio necessitam sempre de determinar o *objectivo* ou a *finalidade* da acção.

A propósito deste critério da *finalidade*, identificámos na Parte II, 4.º Capítulo, a importância de resolver uma questão prévia ao exercício da subsidiariedad *jus-comunitária* que directamente se relaciona com o problema da *necessidade* da “acção considerada” atentos os seus “objectivos”, tal como previsto no art. 5.º, n.º 3, do TUE. Como então referimos, a aplicação desse princípio da subsidiariedad está directamente relacionada com (está mesmo dependente da) questão do *objectivo* ou *finalidade* da acção da União.

Tal conclusão é claramente transponível para o domínio de aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: na esteira do afirmado por CLAUS

⁷⁹³ C. ROXIN, “El concepto de...”, p. 14.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 22 e 23, respectivamente. No mesmo sentido, W. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, p. 99: “una prohibición penal de acción – en forma de amenaza penal para una determinada conducta – no se puede justificar si no se puede remitir a que persigue de forma adecuada una finalidad admitida”. Também abordando a questão a partir da necessidade de diálogo entre o direito penal e o direito constitucional, afirma O. LAGODNY, “El Derecho penal...”, p. 132: “el punto de partida del Derecho constitucional es la finalidad. ¿Cuál es la finalidad de la norma de sanción y con ella del reproche estatal?”; ou B. SCHÜNEMANN, “El principio de...”, p. 209: “difícilmente se puede declarar necesaria la eficiencia de un medio sin haber aclarado antes su fin”.

ROXIN, não existe uma proporcionalidade *em si mesma*, torna-se necessário indagar do *fim* da acção legislativa.

OTTO LAGODNY⁷⁹⁶ apresenta-nos um esquema claro a este propósito, que enuncia como representativo da prática doutrinal e constitucional germânica para aferir da constitucionalidade de um acto:

- “(1) Identificação do acto (acção) estatal
- (2) Identificação do(s) direito(s) fundamental(ais) atingido(s) por este acto (acção)
- (3) O objectivo ou propósito do acto (acção) estatal [o identificado “fim”]
- (4) A eficácia ou adequação do acto (acção) estatal considerando esse propósito
- (5) Necessidade (i.e., existe algum meio menos oneroso que seja tão eficaz quanto esse acto (acção) estatal)
- (6) Proporcionalidade do acto (acção) estatal”.

Atentando nos considerandos das directivas já aprovadas, deu-se também conta naquele 4.º Capítulo da existência de notas incoerentes a propósito dos fins das directivas harmonizadoras, tal como identificados nos respectivos textos. Remetendo-se para essa análise, recupera-se a conclusão aí vertida, com importância nesta sede⁷⁹⁷.

Por um lado, e como então referido, a harmonização não constitui um *fim em si mesma*, pelo que a justificação assente na *previsão de sanções penais em toda a União*, ou na *sujeição de certas condutas a sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas em todos os EM*, afigura-se-nos desadequada: as diferenças entre o propósito da harmonização (*standards* uniformes) e o propósito das normas harmonizadas (protecção de um bem jurídico) devem ser tidas em conta.

Por outro lado, *melhorar e incentivar a cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes*, ou *garantir a aplicação de certos instrumentos já aprovados*, embora possa naturalmente constituir *efeito* da harmonização, não nos parece que deva assumir, por si só, o seu *fundamento* principal: esta *funcionalização* do direito penal substantivo tem sido objecto de crítica por parte da doutrina.

Finalmente, a alusão à *luta contra o crime*, correspondendo embora a uma fórmula usual do discurso político-criminal europeu, que pode até considerar-se teoricamente consentida pelo art. 52.º, n.º 1, da CDFUE (“objectivos de interesse geral”

⁷⁹⁶ O. LAGODNY, “Basic rights and...”, p. 764.

⁷⁹⁷ Mas veja-se essa concreta análise *supra*, para maior desenvolvimento e referências doutrinárias.

– cfr. *infra*), nada informa sobre as finalidades da acção harmonizadora concretamente em causa; e o mesmo se diga da necessidade de *abranger de uma forma mais exhaustiva certas condutas*.

Com efeito, o que está em causa é precisamente a escolha, definida ao nível da União, sobre *o que é crime*, em termos de descrição da matéria proibida, para efeitos de acomodação por via da lei interna nos ordenamentos jurídico-penais dos vários EM. Recusa-se, pois, toda “a tentativa de definir o crime *a priori* e de o determinar à margem da ideia de fim”.

Indagando em *contexto europeu* sobre tal fim, consideramos que o mesmo deverá identificar-se ainda com a protecção de bens jurídico-penais: é esse, a nosso ver, o “eixo material”⁷⁹⁸ em redor do qual devem orientar-se os restantes testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, subjacentes ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

6.2. Os fins do artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE, à luz do paradigma da protecção de bens jurídico-penais

O art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, ao consagrar o princípio da proporcionalidade em matéria de restrição de direitos fundamentais, aborda o referido problema da *finalidade*.

Todavia, enquanto o art. 18.º, n.º 2, da CRP, refere que as restrições aos direitos, liberdades e garantias “devem limitar-se ao necessário para salvaguardar *outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” – donde se deriva a consagração da teoria do bem jurídico⁷⁹⁹ –, o art. 52.º, n.º 1, da Carta, menciona que “[n]a observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e *corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros*”.

Relativamente ao inciso da *necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros*, a CDFUE parece não se afastar decisivamente da formulação do art. 18.º, n.º 2, da CRP. Com efeito, a Carta parece também assegurar, como “dimensão

⁷⁹⁸ Assim, R. HEFENDEHL, “De largo aliento...”, p. 461 e p. 466.

⁷⁹⁹ M. F. PALMA, “Conceito material de...”, p. 18, refere-se a “uma exigência de compatibilidade, congruência ou concordância prática entre o fim de protecção das normas penais e os direitos e valores constitucionais, ou seja, a ordem axiológica constitucional, que se infere, nomeadamente, do regime dos direitos fundamentais”. Cfr. ainda J. FIGUEIREDO DIAS, designadamente em “O ‘Direito Penal...’”, p. 34 e 35, em termos já referidos; e a jurisprudência do TC a referir *infra*.

garantística ineliminável do regime das leis restritivas”, a “reserva constitucional de bem”⁸⁰⁰, e, assim, a teoria do bem jurídico. Nesses termos, a própria Carta se assumirá, na esteira do defendido por MÁRIO FERREIRA MONTE, como *referente axiológico fundante*⁸⁰¹; estabelecendo, através da definição de direitos, liberdades e princípios (cfr. art. 6.º do TUE), o quadro dos valores fundamentais da ordem jurídico-penal europeia⁸⁰².

Sem prejuízo do exposto, e atentando agora no inciso da *correspondência efectiva com objectivos de interesse geral reconhecidos pela União*, parece verificar-se uma maior neutralidade do critério aí consagrado do ponto de vista do discurso do bem jurídico.

Segundo as *Anotações à Carta*, aquela menção aos *objectivos de interesse geral* reconhecidos pela União abrange tanto os objectivos mencionados no art. 3.º do TUE, como outros interesses protegidos por disposições específicas dos Tratados⁸⁰³. Tal circunstância aponta para possibilidades de limitação muito abrangentes ou, segundo alguns Autores, *potencialmente ilimitadas*⁸⁰⁴.

Ora, remetendo as *Anotações à Carta* para os objectivos mencionados no art. 3.º do TUE, aí se estabelece entre o mais que “[a] União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, *segurança* e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas (...) de prevenção da *criminalidade e combate* a este fenómeno”.

Voltando a tomar por referência o caso *Digital Rights Ireland*, é certo que subjacente à lógica do Acórdão não estava determinar “o *quê* da punibilidade, a sua extensão e os seus limites”⁸⁰⁵, mas apreciar a legitimidade da conservação e disponibilização de certos dados de comunicações para efeitos de investigação penal.

⁸⁰⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.º”, p. 392.

⁸⁰¹ M. FERREIRA MONTE, “Da autonomia constitucional...”.

⁸⁰² Nessa medida, em *contexto europeu*, pode porventura resolver-se o problema expresso por T. HÖRNLE, “Theories of Criminalization”, p. 691, quando, ao referir-se aos “*rights of others*” e apelando para uma “*written constitution or other legal document*”, considera que esse apelo apenas tem encaixe no quadro de um determinado sistema legal e já não na perspectiva de uma “*transnational criminalization theory*”. Mas se pensarmos no quadro específico da UE, por referência à CDFUE, logra-se já uma primeira aproximação de sentido.

⁸⁰³ As *Anotações* referem-se a certas disposições específicas dos Tratados, “tais como o n.º 1 do artigo 4.º do [TUE], o n.º 3 do artigo 35.º e os artigos 36.º e 346.º do [TFUE]”. No entanto, como assinalam S. PEERS e S. PRECHAL, “Article 52”, p. 1475, parece existir um equívoco: por um lado, não existe um n.º 3 do art. 35.º do TUE; por outro lado, é também questionável que os Autores das *Anotações* se quisessem referir às competências dos EM tal como referidas no art. 4.º, n.º 1, do TUE, ao invés de às noções de “integridade territorial”, “ordem pública” e “segurança nacional” contempladas no n.º 2 do mesmo preceito.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 1476.

⁸⁰⁵ Expressão de J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...’”, p. 34.

Todavia, não deixam de ser relevantes os pressupostos em que o Tribunal estriba o seu raciocínio sobre proporcionalidade.

Com efeito, o juiz da União assinala que “o objectivo material desta directiva é, pois, contribuir para a *luta contra a criminalidade grave* e, assim, em última análise, para a segurança pública” (§ 41). E menciona, recorrendo aos precedentes *Kadi* e *Tsakouridis*, que “a luta contra o terrorismo internacional constitui um objectivo de interesse geral da União, com vista à manutenção da paz e da segurança internacionais”, “o mesmo acontece[ndo] com a *luta contra a criminalidade grave*, com o objectivo de garantir a segurança pública” (§ 42) (destaques nossos).

A esta jurisprudência – se convertida em jurisprudência *penal*, que o não é, como se ressaltou – oporíamos o mesmo óbice, quanto a este concreto ponto, que já opusemos às directivas que se referem à *finalidade* da *luta contra o crime*: há que recusar toda e qualquer definição do crime *a priori*.

Sem prejuízo de tudo o exposto, mesmo que não se identifique definitiva correspondência entre o princípio da proporcionalidade tal como consagrado na Carta (com a *elasticidade* reclamada pela sua aplicação em contextos diversos) e a teoria do bem jurídico, nada parece impedir, muito antes pelo contrário, que deste juízo rector trabalhado pela teoria penal se retirem postulados relevantes para a construção do direito penal europeu. Trata-se de assumir a “enorme riqueza das categorias ‘inventadas’ pelos diversos direitos nacionais”, que possam orientar também “o progresso do direito comunitário”⁸⁰⁶; ou, em termos já expressos, em validar a “fusão de postulados específicos de limitação jurídico-penais e jurídico-constitucionais no âmbito da análise da proporcionalidade”⁸⁰⁷.

Por outras palavras, mesmo que se considere que a teoria do bem jurídico não tem pleno encaixe no princípio da proporcionalidade previsto no direito da União, tal não significa que a dogmática jurídico-penal não possa desempenhar papel relevante numa frutífera aproximação de sentidos. O direito penal europeu parece-nos não poder viver sem o contributo da dogmática penal estabilizada; que aliás dialoga de perto, como é evidente no caso português quanto ao tema que analisamos, com o discurso constitucional.

⁸⁰⁶ Assim, P. CAEIRO, “Perspectivas de formação...”, p. 196, referindo-se, em geral, à articulação entre o direito nacional e o direito *comunitário*.

⁸⁰⁷ M. BUNZEL, “La fuerza del...”, p. 169.

Ora, se assim é, nada parece impedir que o art. 52.º, n.º 1, da Carta, ao consentir a integração do critério da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal, seja densificado também pela doutrina do bem jurídico. Daí se derivando, mais do que *efeitos político-criminais* que também se assumem, *efeitos constitucionalmente vinculantes*. MICHAEL BUNZEL refere-se, a este propósito, à necessidade de procurar um enriquecimento dogmático do parâmetro da necessidade (sub-princípio da proporcionalidade), por via da introdução do conteúdo dogmático dos princípios limitadores especificamente penais⁸⁰⁸.

Em causa estará, nestes termos, densificar ou concretizar o princípio da proporcionalidade *jus-comunitária* – norma de *acção* e de *controlo* inequívoca – com os contributos da teoria penal, numa conexão “plausível, oportuna e óbvia”⁸⁰⁹. Em termos que também já se apontaram, SANTIAGO MIR PUIG, por exemplo, considera que certos limites geralmente aceites pelos penalistas, como é designadamente o caso da *exclusiva função de protecção de bens jurídico-penais*, podem integrar-se no princípio constitucional da proporcionalidade em sentido amplo⁸¹⁰.

Assim, sempre que esteja em causa indagar o critério de legitimação do recurso ao direito penal (europeu), expressa-se a exigência de que a vaga noção de *objectivos de interesse geral reconhecidos pela União* (art. 52.º, n.º 1, da Carta) seja filtrada pelo “bem jurídico” derivado do direito primário da União⁸¹¹; assim se evitando que cláusulas demasiado vagas possam assumir fundamento da *dignidade penal*. Como referem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁸¹², tendo em vista o art. 18.º da CRP, “[é] importante sublinhar que nem todos os interesses constitucionalmente garantidos são adequados para justificar a restrição; sobretudo, quando se tratar de cláusulas demasiado vagas para suportarem qualquer confronto consistente com os direitos liberdades e garantias”.

Em suma, cláusulas demasiado vagas, inaptas para corresponder com o conceito material de crime, devem ser objecto de recusa enquanto exclusivos pressupostos

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 172.

⁸⁰⁹ W. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, p. 96, referindo-se à conexão entre a dogmática penal e a Constituição. Veja-se ainda, numa visão mais abrangente, M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*.

⁸¹⁰ S. MIR PUIG, “O princípio da...”, p. 12 e 13.

⁸¹¹ Neste sentido, EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *The Manifesto on...*, p. 87. Cfr. M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”, p. 13.

⁸¹² J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.º”, p. 392.

fundantes da restrição de direitos fundamentais, em especial no domínio, *ultra-restritivo*, do direito penal⁸¹³.

6.3. Os ecos da discussão

Não obstante as dificuldades teóricas que enfrenta e as dúvidas que sobre ela se expressam, o certo é que a teoria do bem jurídico não é estranha ao discurso penal europeu.

Os ecos da teoria fazem-se ouvir na doutrina⁸¹⁴, mas também nas Conclusões de alguns Advogados-Gerais: vejam-se, a este propósito, as Conclusões dos AG D. Ruiz-Jarabo Colomer e, em especial, J. Mazák, respectivamente no âmbito dos Acs. *Ambiente e Ambiente II*, várias vezes referenciadas (em especial, respectivamente, § 73 e § 67 e ss.)⁸¹⁵. A própria jurisprudência do TEDH, podendo suscitar eventuais dúvidas do ponto de vista do juízo rector da *ultima ratio*, assenta na identificação dos direitos fundamentais como bens jurídicos *dignos* de protecção.

Já a abordagem da Comissão, no seu documento sobre o “rumo a uma política da UE em matéria penal”⁸¹⁶, merece-nos crítica a este propósito. Apontaram-se *supra* reservas quanto à concepção, ínsita ao documento, do direito penal enquanto “instrumento de execução adicional”, “instrumento complementar útil” ou “instrumento necessário para assegurar a aplicação efectiva” das políticas da União, a apelar para um fim assente na (mera e estrita) “protecção da vigência da norma”. Ora, “a protecção da vigência da norma tem por pressuposto irrenunciável a protecção de um bem jurídico-penal, não podendo surgir como fonte autónoma de legitimação, mas unicamente como

⁸¹³ B. SCHÜNEMANN, “El principio de...”, p. 208, refere estar em causa “*la delimitación de esferas de libertad*”, pelo que o direito penal “*tan destructivo para la libertad*” “*exige, a su vez, legitimación especialmente fuerte*”; cfr. ainda, p. 211, a propósito do “salto qualitativo” na legitimação do direito penal quando comparado com outras limitações dos direitos fundamentais.

⁸¹⁴ Cfr., quanto à doutrina portuguesa, as remissões iniciais deste Capítulo. Cfr. ainda, entre outros, M. MORALES DE ROMERO, *El Legislador Penal...*; e M. DONINI, “*Sussidiarietà penale e...*”, p. 171. Mas também é verdade que alguns Autores, reclamando um olhar racional sobre o direito penal europeu, limitam o discurso ao problema da *ultima ratio*: veja-se, por exemplo, J. W. OUWERKERK, “*Criminalisation as a...*”, que designadamente menciona os desafios do designado direito penal sexual no sistema holandês, convocando o problema da *ultima ratio*, mas não já o do bem jurídico. A teoria do bem jurídico desempenhou um relevante papel na discussão sobre a reforma do direito penal sexual alemão, como dá conta designadamente C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 51 e ss.; e “*¿Es la protección...*”, p. 444 e 445.

⁸¹⁵ C-176/03 e C-440/05.

⁸¹⁶ COM (2011) 573 final – 20.9.2011.

finalidade derivada e secundária face à protecção de um bem jurídico-penal claramente definido”⁸¹⁷.

Constituindo o art. 82.º, n.º 2, do TFUE, uma *norma de competência*, não é, por si só, necessária e irremediavelmente incompatível com o paradigma que defendemos. Ou seja, não é pelo facto de a norma dispor como dispõe que deve aceitar-se que o legislador da União, no *exercício dessa competência*, esteja dispensado de criminalizar apenas, e em caso de necessidade, os comportamentos que, naqueles âmbitos da política da União (ex.: ambiente, transporte rodoviário, protecção de dados), lesem ou ponham em perigo *bens jurídicos*. Convocam-se duas realidades distintas: uma, a da *competência*; outra, a do *exercício da competência*.

O que vai afirmado tem igualmente sentido no âmbito de aplicação do art. 83.º, n.º 1 – tratando-se de uma *norma de competência* que define certos domínios a que se reconduzem os termos da competência da União, o legislador só pode criminalizar, no âmbito dessas “áreas”, as condutas que lesem ou ponham em perigo *bens jurídicos*⁸¹⁸.

O *Manifesto on European Criminal Policy*, recorrentemente citado, vem também pressupor no desenvolvimento do direito penal europeu o critério legitimador do “bem jurídico”.

Atentando na tradução italiana⁸¹⁹, mais próxima da tradição deste paradigma, sublinha-se “[l]’esigenza di un legittimo scopo di tutela” (em inglês, “[t]he requirement of a legitimate purpose”). E mais se assinalam três condições a que devem obedecer os “*interessi fondamentali*” de cuja protecção depende o exercício da competência da União em matéria penal: “*che derivano dal diritto primario dell’Unione*”⁸²⁰; “*che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*”; “*e che la cui lesione risulti inoltre in*

⁸¹⁷ J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...’”, p. 40. Cfr. também, em recensão à teoria funcionalista de Jakobs, assente na “desautorização da vigência da norma” ou no “‘bem jurídico-penal’ da firmeza das expectativas normativas face à sua defraudação”, mas recusando-a essencialmente porque não opera ao nível da legitimação das normas penais, G. SEHRER, “La legitimación de...”, p. 72; ainda C. ROXIN, “¿Es la protección...”, p. 456 a 458; e P. WITTING, “Teoría del bien...”, p. 341 e 342.

⁸¹⁸ Como refere M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”, p. 12, “[i]t would be erroneous to assume that the EU possesses a self-evident, ‘intrinsically legitimized’ power to intervene in the field of criminal law simply because the Union’s primary law recognizes such competence (...). Even after it has been determined that the Union’s competence in the field of criminal law may be exercised in a specific situation (...) its activation would require answering to a further fundamental question, related to the object of protection invoked”.

⁸¹⁹ Disponível in: <http://www.crimpol.eu/manifesto/> [último acesso: 31.10.2016]: inexistente tradução em português.

⁸²⁰ Segundo M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”, p. 14, “it is self-evident that the fundamental interests protected by the European legislator can only derive from the primary legislation of the EU, which reflects its structural features, its values, as well as its objectives and limits as a supranational organization with powers conferred by its Member States”.

misura particolare socialmente dannosa”. Ainda relevantemente, exige-se que o legislador europeu indique de maneira detalhada na motivação das propostas “*di quali interessi si tratti ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati tali interessi vengano offesi in maniera non irrilevante*”⁸²¹.

O *Manifesto* declara que tal exigência de um “bem jurídico” surge associada ao princípio da proporcionalidade. Todavia, essa relação não surge particularmente bem fundamentada: em comentário explicativo ao *Manifesto* elaborado por uma das suas Autoras⁸²², o apelo ao princípio da proporcionalidade é feito por via da invocação dos arts. 4.º, n.º 5, do TUE, e 49.º, n.º 3, da Carta, sem referência ao relevante art. 52.º, n.º 1, desta última.

Para uma crítica ao *Manifesto*, pode referir-se MARTIN BÖSE⁸²³. O Autor recusa a ideia de um “‘*quasi-constitutional*’ substantive concept of ‘*Rechtgut*’”, ou seja, recusa a ideia da *mútua referência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos*, quer em geral (por referência ao sistema germânico), quer em especial no contexto europeu.

O principal argumento estriba-se no seguinte: “[o]s interesses jurídicos (‘fundamentais’) devem ser avaliados e ponderados num processo democrático aberto”, uma vez que “[r]estringir o fim legítimo do direito penal à protecção de direitos fundamentais dos cidadãos (...) anularia as competências legislativas e as principais tarefas do Parlamento”⁸²⁴.

No entanto, a crítica não se nos afigura decisiva: o legislador, partindo embora aquele referencial constitucional fundamental, não fica impedido de *avaliar e ponderar no contexto do processo democrático*. E não é certo que estejam apenas em causa “direitos fundamentais do cidadão” (do *indivíduo*), na medida em que a teoria do bem jurídico permite enquadrar “interesses” da ordem (ou sistema) social e comunitária (bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais ou colectivos). Aceitar a teoria

⁸²¹ A propósito das exigências de fundamentação, surge muito oportuna, também em *contexto europeu*, a reflexão de M. F. PALMA, “Conceito material de...”, p. 19: “[c]om a referência das reformas penais a um sólido conceito material de crime, pode estabelecer-se um *topos* argumentativo em que todas as partes interessadas ou envolvidas no processo legislativo possam confluir, evitando-se uma politização excessiva do Direito Penal e exigindo-se sempre um processo argumentativo que demonstre a pertinência de qualquer nova incriminação”.

⁸²² M. KAIAFA-GBANDI, “The Importance of...”, p. 14.

⁸²³ M. BÖSE, “The Principle of...”, em especial p. 37 e 38.

⁸²⁴ Também sobre o argumento da “*undemocratic nature*” da teoria do bem jurídico, C. STUCKENBERG, “The Constitutional Deficiencies...”, p. 37 a 39. Em resposta, T. HÖRNLE, “Theories of Criminalization”, p. 684.

do bem jurídico não pressupõe defender uma perspectiva monista que apenas reconheça a noção de bem jurídico a interesses reais, tangíveis e actuais do *indivíduo* ⁸²⁵.

O Autor avança ainda outro argumento, relativamente ao primeiro pressuposto constante do *Manifesto* (derivar o bem jurídico do direito primário da União): “o direito primário da União não pode ser directamente comparado com uma Constituição nacional, já que é fragmentário, o que se deve às limitadas competências da União (princípio da atribuição, art. 5, n.º 2, do TUE)”, “pelo que os Tratados não podem fornecer uma lista exaustiva de interesses fundamentais”. Todavia, parece-nos de argumentar, em contraponto, que a competência da União em matéria penal também não equivale – nem tem ou deve equivaler –, ao *jus puniendi* do Estado, precisamente nas condições definidas pelo art. 5.º do TUE (atribuição, subsidiariedade, proporcionalidade “*competencial*”). Como refere PEDRO CAEIRO ⁸²⁶, “a vocação totalizante (concentração, supremacia e exclusividade dos poderes) e a força expansiva da jurisdição estatal introduzem uma diferença *qualitativa* em relação às jurisdições periféricas [ou não-estatais]”.

Como argumento complementar, MARTIN BÖSE adianta que “[r]estringindo o fim legítimo do direito penal à protecção de direitos fundamentais (...), o Manifesto antecipa a ponderação de outros critérios do teste da proporcionalidade”. Também não partilhamos esta crítica, atenta a complementaridade entre os dos juízos rectores (*dignidade e necessidade*) já analisada: identificar o bem jurídico significa reconhecer o *objecto* da tutela, mas tal não exclui, antes autoriza e possibilita, o “crivo” dos vários e subsequentes testes da proporcionalidade.

7. O potencial de *conflito*

Não seria justo afirmar que a incerteza quanto aos fins do direito penal constitua um problema próprio ou exclusivo do direito penal europeu. CLAUS ROXIN reconhece

⁸²⁵ Cfr., com indicação de bibliografia relevante, o nosso “A teoria do...”, p. 184 a 187. É verdade que o *Manifesto* acaba por se referir, pelo menos na versão inglesa, a “*fundamental interests of its citizens*”, parecendo acolher a criticável teoria monista, centrada no *indivíduo* (“*European legislation can be regarded as legitimate and proportionate only if criminal law is used in order to safeguard the fundamental interests of its citizens*”). Mas é interessante notar que não se encontra fórmula idêntica nas versões italiana, espanhola e francesa, que, naquele excerto do texto, se referem respectivamente a: “*tutela di un simile interesse [“interessi fondamentali”], di particolare importanza*”; “*la protección de uno de estos intereses [“interés jurídico fundamental”] especialmente relevantes*”; “*protéger un tel intérêt [“intérêts fondamentaux”], particulièrement important*”.

⁸²⁶ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 210.

mesmo que o conceito material de crime e a teoria do bem jurídico continuam a contar-se entre os problemas básicos menos clarificados do direito penal⁸²⁷.

Todavia, a União, ao assumir uma competência penal própria, ainda que em termos que não prescindem em princípio da intervenção da lei nacional (cfr. art. 83.º do TFUE), não poderá alhear-se desse debate. Na verdade, trata-se designadamente de dar cumprimento às exigências assinaladas no art. 4.º, n.º 2, do TUE, uma vez que está em causa lidar com *estruturas constitucionais fundamentais* dos EM.

Conforme refere HELMUT SATZGER⁸²⁸, o art. 4.º, n.º 2, do TUE, ao estabelecer o compromisso da União perante a identidade nacional dos EM (reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles), assume a especial protecção dos valores sócio-éticos subjacentes à lei criminal. Acresce que o art. 4.º, n.º 3, do TUE, ao prever o importante dever de cooperação leal, tantas vezes reclamado (e bem) aos EM pela jurisprudência do TJUE, estatui que esse dever de cooperação leal impõe um respeito e assistência *mútuas*⁸²⁹. Conjugando as expressões de ambos os preceitos – respeito pela identidade constitucional nacional e dever de cooperação leal entendido numa dinâmica de respeito e assistência *mútuas* –, fala-se de um “*principle of minimally invasive treatment of criminal law*”.

Reclamar a referida atenção é tanto mais relevante quanto se pode afirmar, neste domínio da *decisão de criminalizar*, o potencial de *tensão*, mesmo de *conflito*, entre o direito da União e os próprios sistemas penais nacionais⁸³⁰.

Uma vez que os sistemas de direito penal e de processo penal dos EM têm vindo a ser historicamente consolidados e modelados por uma densa dogmática e jurisprudência penais, inclusive ao nível constitucional (*vd.* o caso português), tais sistemas beneficiam de uma tendencial, ainda que nunca perfeita, coerência interna. Pense-se, entre outras realidades, na problemática da hierarquia dos bens jurídicos protegidos pela lei penal e nas molduras penais assim estabelecidas: dificilmente um

⁸²⁷ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 71.

⁸²⁸ H. SATZGER, *International and European...*, p. 65.

⁸²⁹ Nesse sentido, referindo o “*reciproco rispetto e assistenza*”, a *Ordinanza* n.º 24/2017 do TC italiano no seguimento do Ac. *Taricco*.

⁸³⁰ Sobre os problemas de *conflito*, *tensão* e *coerência* do sistema penal nacional em face do direito europeu, P. CAEIRO, “A coerência dos...”. Note-se que o princípio da coerência foi também afirmado pelo *Manifesto*; sobre a questão, cfr. P. ASP, “The Importance of...”. Também M. DONINI, “*Sussidiarietà penale e...*”, p. 165, se refere a “*sistemi tendenzialmente coerenti e secolarmente consolidati ciascuno al proprio interno*”. Sobre a questão do *conflito*, cfr. *supra* (Parte I, 3.º Capítulo) analisando, designadamente, o caso *Melloni*.

crime contra o *patrimônio* será punido com pena mais severa do que a prevista para um crime contra a *vida*.

O direito penal europeu, tratando-se da criação de novas (ou renovadas) obrigações de criminalização associadas à imposição de determinadas sanções, pode conduzir a desequilíbrios que afectam essa tendencial coerência interna.

Todavia, como refere PEDRO CAEIRO, há diferentes graus (“matizes”) de incoerência, que geram também diferentes níveis de tensão: “nem todas as inovações introduzidas pelo direito europeu causam necessariamente a incoerência dos sistemas penais nacionais”, mas essa incoerência pode ocorrer e é “mais grave quando o elemento europeu não se coaduna (...) com os princípios constitucionais em matéria penal”⁸³¹.

Tomando por referência o caso português, podem apontar-se vários exemplos expressivos do reconhecimento pelo TC do “princípio jurídico-constitucional do ‘direito penal do bem jurídico’, enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias”, à luz do art. 18.º, n.º 2, da CRP⁸³². Por outras palavras, o TC português tem assumido, em diversas ocasiões, a força constitucional do identificado paradigma.

Se a União *não assumir* (como deve assumir) aquele paradigma, designadamente por considerar que não encaixa plenamente no princípio da proporcionalidade tal como consagrado no direito da União, e reclamar a criminalização em termos em que não

⁸³¹ P. CAEIRO, “A coerência dos...”, p. 246 a 248.

⁸³² Assim, M. J. ANTUNES, “A Constituição e...”, fls. 5. Referimos e analisámos, no nosso “A teoria do...”, p. 199 e ss., os seguintes Acs.: AcTC n.º 25/84, 19.3.1984 (*crime de aborto*); AcTC n.º 85/85, 29.5.1985 (*crime de aborto*); AcTC n.º 426/91, 6.11.1991 (*crime de tráfico de estupefacientes*); AcTC n.º 634/93, 4.11.1993 (*crime de deserção*); AcTC n.º 83/95, 21.2.1995 (*crime de condução sem habilitação legal*); AcTC n.º 211/95, 20.4.1995 (*crime de deserção*); AcTC n.º 527/95, 4.10.1995 (*crime de deserção*); AcTC n.º 288/98, 17.4.1998 (*crime de aborto*); AcTC n.º 663/98, 25.11.1998 (*crime de emissão de cheque sem provisão*); AcTC n.º 62/99, 2.2.1999 (*crime de omissão de assistência à família*); AcTC n.º 108/99, 10.2.1999 (*crime de insubordinação por meio de ameaça*); AcTC n.º 604/99, 9.11.1999 (*crime de desvio de subvenção*); AcTC n.º 99/2002, 27.2.2001 (*crime de exploração de jogo ilícito*); AcTC n.º 337/2002, 10.7.2002 (*crime de condução sem habilitação legal*); AcTC n.º 295/2003, 12.6.2003 (*crime de tráfico de estupefacientes*); AcTC n.º 144/2004, 10.3.2004 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 196/2004, 23.3.2004 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 303/2004, 5.5.2004 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 247/2005, 10.5.2005 (*crime de actos homossexuais com adolescentes*); AcTC n.º 170/2006, 6.3.2006 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 617/2006, 15.11.2006 (*crime de aborto*); AcTC n.º 396/2007, 10.7.2007 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 522/2007, 18.10.2007 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 591/2007, 5.12.2007 (*crime de lenocínio*); AcTC n.º 75/2010, 23.2.2010 (*crime de aborto*); AcTC n.º 95/2011, 16.2.2011 (*crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*); AcTC n.º 179/2012, 4.4.2012 (fiscalização preventiva: *crime de enriquecimento ilícito, crime de enriquecimento ilícito por funcionário e crime de enriquecimento ilícito por titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos*). Acrescenta-se, em actualização, referência ao AcTJ n.º 377/2015, 27.7.2015 (fiscalização preventiva: *crime de enriquecimento injustificado*). Para uma panorâmica de alguma desta, e doutra, jurisprudência constitucional até 2011, M. J. ANTUNES, *ibidem*. Ainda, mas até 2008, J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...’”.

possa dividir-se a protecção de bens jurídicos *dignos e carentes* de tutela penal perante condutas *lesivas* ou de *perigo*, o *conflito* surgirá manifesto. Configurar-se-á, então, um “caso difícil”.

São aqui oportunas as palavras de MARIA FERNANDA PALMA: “o estudo das relações entre Constituição e ‘Direito Penal Comunitário’ deve evitar dois modos extremos e simplistas de análise: a consideração de que os princípios do Direito Constitucional Penal permanecem inflexíveis perante as exigências do Direito Comunitário e o entendimento de que a Constituição portuguesa, ao reconhecer o primado do Direito Comunitário sobre o Direito interno, renuncia a qualquer limite constitucional ao Direito Comunitário”⁸³³.

Não foi por acaso que começámos por afirmar a função do direito penal identificada com a tutela subsidiária de bens jurídico-penais enquanto *princípio fundamental do Estado de direito democrático* (art. 8.º, n.º 4, da CRP), *estrutura constitucional fundamental* (art. 4.º, n.º 2, do TUE) e, por maioria de razão, *aspecto fundamental do sistema de justiça penal* português (art. 83.º, n.º 3, do TFUE).

Se as duas últimas asserções não parecem especialmente controvertidas, a primeira já consente maior margem de dúvida. Trata-se todavia de questão central, considerando o jogo de equilíbrios firmado no art. 8.º, n.º 4, da CRP.

A identificação do que seja um “princípio fundamental do Estado de direito democrático” nos termos e para os efeitos da cláusula prevista no art. 8.º, n.º 4, da CRP, não pode deixar de se identificar com o que se prevê na própria Constituição nacional, tal como interpretada pelos órgãos jurisdicionais nacionais⁸³⁴.

Ora, foi o próprio TC Português que, mais do que assumir a relevância constitucional do paradigma que temos vindo a analisar, o identificou em termos que o reconduzem àquela “*reserva constitucional* de respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”⁸³⁵ consagrada no art. 8.º, n.º 4, da CRP.

⁸³³ M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*, p. 155. A afirmação faz-se sem prejuízo de o *direito comunitário*, no seu conjunto, ter a limitá-lo princípios constitucionais próprios (como se procurou demonstrar).

⁸³⁴ Assim, P. CAEIRO, “A coerência dos...”, p. 251.

⁸³⁵ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 8.º”, p. 266 e 267. Mais referem estes Autores: “Esta reserva constitucional poderá considerar-se como uma *norma de colisão explícita*, pois ela torna claro que o princípio do primado do direito da União está limitado por um *núcleo essencial da Constituição* – princípios fundamentais do Estado de direito democrático – que funcionarão como uma espécie de ‘reserva de ordem público constitucional’ (‘teoria dos contratualistas’) contra eventuais preceitos ou disposições do direito da União aniquiladores da estadualidade (Estado), juridicidade (Estado de direito), democraticidade (Estado de direito constitucional) e fundamentalidade de direitos básicos (Estado de

Sem pretensões de exaustão, mas com o intuito de demonstrar tal identificação, refira-se o AcTC n.º 426/91, nos termos do qual “[o] objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade”, destacando que “[e]sta função restritiva do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, [é] reconduzível, em última instância, ao princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição)”; mais assinalando que “a função de protecção dos bens jurídicos (...) constitui o fundamento legitimador de qualquer sistema jurídico-penal característico de um Estado de direito” (veja-se quanto ao *Estado de direito*, valor em que se funda a União, o art. 2.º do TUE).

Nem se afirme que aquele Acórdão tem ínsitas concepções ultrapassadas, considerando as mais de duas décadas que entretanto decorreram. Com efeito, no Ac. n.º 179/2012, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade dos crimes *de enriquecimento ilícito, de enriquecimento ilícito por funcionário e de enriquecimento ilícito por titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos*, igualmente se declara expressivamente: “o artigo 18.º, n.º 2 tem sido convocado como parâmetro para aferir dos pressupostos constitucionalmente legitimadores da intervenção legiferante ao nível da seleção de comportamentos qualificados como crime, impedindo, a esse nível, a tipificação de condutas desligadas da tutela de bens jurídicos, dando-se por assente que um Estado-de-Direito material não pode desvincular-se do princípio jurídico-constitucional do *direito penal do bem jurídico*, o qual imbrica na ideia de que o direito penal visa a tutela subsidiária de *bens jurídicos* dotados de *dignidade penal*”.

§

Sem prejuízo de tudo o exposto, o encargo pela salvaguarda da função *subsidiária* do direito penal não reside, na construção do direito penal europeu, apenas no legislador da União: o papel a desempenhar pelos EM será determinante, designadamente na redução das hipóteses de *conflito* – o ponto óptimo é o da *concordância prática*, e assegurá-lo está também sob responsabilidade dos Estados. Assim, e no que respeita ao Estado Português, a garantia de salvaguarda desse património constitucional é convocada, pelo menos, a dois níveis.

Desde logo, ao nível do Governo, em sede de representação do Estado Português no Conselho da UE (art. 16.º do TUE). Isto através da negociação das

direitos fundamentais)”. Sobre a evolução da CRP, na ligação com a Constituição Europeia, R. MOURA RAMOS, “Constituição Europeia e...”.

propostas penais orientada à salvaguarda da posição jus-constitucional nacional (passível de articulação, como se viu, com posições constitucionais europeias, no sentido da referida *congruência material*), reduzindo ao máximo as possibilidades do mencionado conflito.

Mais: no caso em que tal se torne necessário, accionando o designado travão de emergência (art. 83.º, n.º 3, do TFUE) perante propostas que, por efectivamente atentarem contra o paradigma da protecção subsidiária de bens jurídicos, ponham em causa esse *aspecto fundamental do sistema de justiça penal português*.

Por outro lado, quando tudo o que antecede falhe e em face da aprovação do acto legislativo controvertido, sujeitando a sua validade ao juízo do TJUE, via recurso de anulação, designadamente por invocação de violação do princípio de direito da União da proporcionalidade⁸³⁶.

No plano legislativo, há que afirmar a exigência de uma participação activa da Assembleia da República nos mecanismos de diálogo com o legislador da União (art. 12.º do TUE, art. 69.º do TFUE e Protocolos n.ºs 1 e 2), contribuindo no sentido da aprovação de normas penais que assentem sempre numa decisão de criminalização *legítima*; e “vetando-as” sempre que tal não suceda.

Mais: em sede de transposição do acto legislativo da União, o papel do Parlamento nacional assume-se na garantia da preservação do princípio da proporcionalidade ao nível da conformação do direito interno. A base jurídica que primeiramente legitima a intervenção da União no domínio do direito penal substantivo (art. 83.º do TFUE) continua a pressupor a mediação pela lei penal interna.

Em princípio, essa norma penal interna não poderá (não deverá) – cfr. art. 4.º, n.º 3, do TUE (princípio da cooperação leal), mas igualmente art. 8.º, n.º 4, da CRP –, sob pena de responsabilização do Estado, afastar-se das linhas orientadoras da directiva harmonizadora, *maxime* quanto à decisão de criminalizar. O legislador nacional não pode (não deve) *criminalizar menos* do que está pressuposto no instrumento harmonizador⁸³⁷.

⁸³⁶ P. CAEIRO, “A coerência dos...”, p. 253 e 254, procurando responder à questão de saber como manter a coerência dos sistemas penais nacionais, invoca precisamente as possibilidades do travão de emergência e do recurso de anulação.

⁸³⁷ Note-se que, ao contrário do que sucedia no ex-terceiro pilar, com o fim do período transitório (1.12.2014), a Comissão passou a ter competências plenas no âmbito do ELSJ para reagir contra o EM incumpridor, promovendo acções de incumprimento. Nos termos apontados, certos casos poderão justificar a activação da cláusula constante da parte final do art. 8.º, n.º 4, da CRP, mas, assim sendo, estará desencadeado o *conflito*. Refere M. FERREIRA MONTE, “Legalidade, validade e...”, p. 114, a este propósito: “em matéria penal a transposição não pode ser feita de um modo tal que possa, sem limites,

Todavia, como referido na Parte I, 2.º Capítulo, a harmonização opera através de “regras mínimas”: ou seja, os Estados podem *criminalizar mais*, mas sempre em vinculação a estritas exigências de proporcionalidade. No caso português, essa vinculação realiza-se por força da respectiva Constituição, mas também do princípio europeu da proporcionalidade, estando em causa a *aplicação do direito da União*.

Não sendo descabido configurar a hipótese de a União respeitar o princípio da proporcionalidade na aprovação do acto legislativo, mas o Estado na transposição não o fazer, apela-se às palavras de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁸³⁸: “a transposição de directivas (...), embora se trate de uma competência vinculada, comporta alguma margem de discricionariedade do ‘legislador interno’ no recorte material das normas, podendo dizer-se que as normas incluídas em ‘transposição’ para lá do regime normativo das directivas estão sujeitas ao regime normal de controlo de constitucionalidade”.

colocar em causa a CRP, uma vez que para a matéria penal é relevante a salvaguarda feita na parte final do art.º 8.º, n.º 4”.

⁸³⁸ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 8.º, p. 271.

CONCLUSÕES

1. O “*poder* legítimo da União de *decidir* sobre a natureza criminal de uma conduta”⁸³⁹ é atribuído, dentro de certos pressupostos, pelos Tratados vigentes.
2. No quadro do ex-terceiro pilar, o problema da existência e limites da competência penal europeia foi sempre objecto de debate nas esferas institucional e académica, quer em geral, quer em domínio que sempre se pretendeu especial: o da protecção dos interesses financeiros da Comunidade/União.
3. A esse debate não foi alheio o relevante labor do TJUE: na tentativa de diluir as fronteiras entre os pilares (*vd.* o Ac. *Pupino* e os respectivos “impulsos racionalizadores e unificadores”⁸⁴⁰); e no reconhecimento de uma competência penal da então Comunidade, em limitados mas polémicos termos (Acs. *Ambiente*).
4. O Tratado de Lisboa suprimiu a construção em pilares, abolindo a complexa estrutura dual (Comunidade/União) que condicionava também o desenho do espaço penal europeu, e expressou de forma inequívoca a competência penal da UE, ainda que sem prescindir em princípio da intervenção mediadora do legislador nacional. A batalha entre pilares, manifestada em diversas ocorrências jurisprudenciais, políticas e doutrinárias, conheceu o seu fim.
5. O Tratado integrou a cooperação judiciária em matéria penal na lógica “*comunitária*”, com a generalização do processo legislativo ordinário e a maioria qualificada no Conselho. Sem prejuízo dessa normalização, destaca-se a preservação da directiva enquanto instrumento-chave da harmonização penal, a manutenção da regra da unanimidade no Conselho em domínios particularmente sensíveis, a consagração do designado travão de emergência perante aspectos fundamentais do sistema de justiça penal nacional e o reforço do papel dos PN no controlo da subsidiariedade.

§

6. O art. 5.º do TUE convoca as noções fundamentais da competência/base jurídica, subsidiariedade e proporcionalidade, cujo tratamento na medida do possível

⁸³⁹ P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 118.

⁸⁴⁰ N. PIÇARRA, “Direito da União...”, p. 266.

autonomizado é conveniente, ainda que as fronteiras não sejam estanques. No que se refere à primeira das noções, a montante das restantes, a escolha da base jurídica não é indiferente, já que determina um equilíbrio de poderes com implicação substantiva, institucional e instrumental.

7. O TFUE parece insistir em consagrar a harmonização no âmago da cooperação judiciária em matéria penal, já que as suas escolhas sistemáticas e textuais reflectem o apego à ideia de funcionalização. Mas cotejando os termos do art. 83.º, n.º 1, em conjugação com preceitos próximos, concluímos pelo reconhecimento de um papel *autónomo* à harmonização em matéria penal. Surge o distinto problema da função da harmonização prevista no art. 83.º, n.º 2 (a designada competência anexa): uma função *auxiliar*, mas aqui instrumental ao efectivo prosseguimento das políticas da União.

8. Resulta do art. 83.º, n.º 1, que concretizamos por via interpretativa, que:

- a) as regras harmonizadoras devem respeitar a domínios de criminalidade particularmente grave e com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns (por referência ao elenco taxativo do § 2, com os seus dez domínios);
- b) o Conselho pode adoptar por unanimidade uma decisão, de “natureza ‘quase-constituente’”⁸⁴¹, que identifique outros domínios de criminalidade que respeitem os critérios definidos *supra*;
- c) a competência limita-se ao estabelecimento de regras mínimas, i. e., do patamar mínimo para a criminalização, ficando consentido aos EM, dentro de parâmetros constitucionais vinculativos, *criminalizar mais*;
- d) as referidas regras são relativas à definição das infracções penais (a fórmula não se restringe aos elementos constitutivos das infracções penais, como demonstram os instrumentos aprovados) e das sanções;
- e) a competência exerce-se por directiva, não prescindindo da intervenção do legislador nacional, e de acordo com o processo legislativo ordinário.

9. Contrariamente ao disposto no n.º 1 do art. 83.º, a remeter para a noção de *criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça*, o n.º 2 referente à

⁸⁴¹ A. MIRANDA RODRIGUES, “Artigo 83.º”, p. 437.

competência anexa não subordina a harmonização ali prevista a condicionalismo idêntico. Não é indispensável que a criminalidade seja grave e tenha dimensão transfronteiriça: a harmonização opera desde que o direito penal possa funcionar como instrumento útil (eficaz) ao serviço de política da União.

10. Mas a norma pressupõe que previamente ao recurso ao direito penal esteja já harmonizada a política em questão. E os critérios da indispensabilidade e da eficácia ali consagrados são particularmente relevantes na óptica da justificação (“ónus da prova”). A previsão dessa competência anexa é simultaneamente mais limitada e mais abrangente do que a jurisprudência *Ambiente* que “íntegra” (a cronologia é aqui relevante): prevê o travão de emergência e sempre o instrumento directiva; mas admite a harmonização das sanções e possibilita que *qualquer política* europeia possa justificar a criminalização funcional.

11. A consideração dos arts. 325.º e 86.º, do TFUE, no domínio da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União, vem abalar certezas sobre o papel exclusivo a desempenhar pelo art. 83.º enquanto base jurídica da harmonização penal. Vários argumentos militam a favor da *razoabilidade* da interpretação que admite o art. 325.º enquanto norma habilitante para o referido efeito. Mas admitir que a luta contra a fraude está assumida como caso diverso e que o preceito integra uma disciplina especial e autónoma tem várias implicações.

§

12. A jurisprudência do TJUE modela as relações entre o direito da União e o direito penal (e processual) dos EM, essencialmente por via do mecanismo do reenvio prejudicial. Aborda-se no texto em especial a perspectiva de uma incidência *positiva* do direito europeu sobre o direito interno, sob o signo da expansão do poder punitivo (por contraposição à incidência típica dos casos de neutralização da norma penal interna – cfr. o recente Ac. *El-Dridi*, ainda que não lhe presidindo necessariamente concretas ponderações jus-criminais).

13. No Ac. *Pupino*, apesar de o Tribunal admitir que um acto de direito derivado pudesse dar lugar, por via da interpretação conforme, a uma possível releitura da norma processual penal nacional relativa à admissibilidade dos meios de prova, essa decisão ficou ainda assim confinada ao âmbito do processo penal. No Ac. *Berlusconi*, o Tribunal excluiu promover uma linha de interpretação que pudesse conduzir, através da

desaplicação de nova lei penal mais favorável, ao reconhecimento de uma situação prejudicial aos recorrentes; a interpretação do princípio da legalidade sufragada revelou-se em concordância designadamente com o direito constitucional convocado (italiano).

14. No recente Ac. *Taricco*, o Tribunal, ao convocar o instituto da prescrição, faz ressaltar uma leitura do princípio da legalidade a partir do mínimo denominador comum. O princípio da efectividade ou da eficácia do direito da União é elevado ao seu expoente máximo. E o *conflito constitucional* manifesta-se; e continua vivo pela mão do TC italiano.

15. O ali convocado mecanismo da *desaplicação* do direito penal nacional, a cargo do juiz nacional, assume no processo penal um efeito *in mala partem*. Já não se trata da neutralização de normas penais com o consequente efeito da descriminalização da conduta; mas sim da neutralização de normas penais com relevância constitucional (no caso, normas sobre prescrição) que se entende obstaculizarem, pela sua dimensão garantística, a *efectividade* ou *eficácia* da luta contra a fraude. O sentido do Acórdão é o da expansão do poder punitivo, a expensas dos direitos fundamentais.

16. No antecedente Ac. *Melloni*, o Tribunal, ao interpretar o art. 53.º da CDFUE, declarou o primado do direito da União sobre as Constituições nacionais. Apesar da afirmação comum da *effectiveness*, é possível distinguir o caso *Melloni* (e *Radu*) do caso *Taricco*. Os primeiros visam a temática do MDE, no domínio do reconhecimento mútuo, em que as exigências de celeridade e simplificação guiam as escolhas político-criminais da União. O caso *Taricco* respeita mais directamente às relações entre o direito da União e o direito penal (constitucional) nacional, sendo legítimo esperar do TJ um diálogo mais aprofundado com o princípio da legalidade. E isto tendo em vista o desiderato da *congruência material*, que o Acórdão dispensou (art. 4.º, n.º 2, do TUE, e art. 67.º, n.º 1, do TFUE).

17. O TJ prossegue no sentido de uma jurisprudência favorável à “*comunitarização*” da competência penal. Essa jurisprudência manifestou-se, na vigência dos Tratados anteriores, na tentativa de superação da fragmentariedade dos pilares. Após a erosão dos pilares, expressa-se sob a forma de uma aplicação estrita aos domínios penal e processual penal dos princípios gerais do direito da União. Em comum aos dois momentos, está a sobrevalorização do princípio da *efectividade* ou *eficácia*, em detrimento do reconhecimento da especialidade (constitucional) do direito penal.

§

18. O princípio da subsidiariedade consubstancia um princípio constitucional da União a que se encontram vinculadas as instituições europeias (*norma de acção*), sendo susceptível de controlo ao nível político e jurisdicional (*norma de controlo*).

19. O princípio ganharia consagração no TCE tal como revisto pelo Tratado de Maastricht como reacção à expansão das competências comunitárias, em favor de um espaço decisório nacional (*proximidade entre os cidadãos e as decisões*). O Tratado de Amesterdão não lhe introduziu alterações, mas veio constitucionalizar directrizes relevantes em Protocolo. O Tratado de Lisboa retomou o princípio da subsidiariedade no art. 5.º, n.ºs 1 e 3 do TUE, clarificou a competência do TJUE para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio e incluiu os PN no respectivo sistema de controlo.

20. No quadro da harmonização penal substantiva, o Tratado de Maastricht, consagrando genericamente a subsidiariedade, previu-a expressamente no âmbito do (então) terceiro pilar. O Tratado de Amesterdão não incluiria consagração análoga no domínio da designada cooperação judiciária em matéria penal, mas persistiam ali claras “concretizações do princípio da subsidiariedade”⁸⁴². Actualmente, não subsiste dúvida quanto à sua aplicabilidade no quadro do direito penal europeu, tanto mais importante quanto se verificou o reforço da competência da União neste domínio (concorrente), a par do afastamento da regra da unanimidade. Por outro lado, a linguagem da subsidiariedade não foi expurgada dos Tratados neste domínio.

21. Trata-se de princípio regulador do *exercício* das competências não exclusivas da União (a *delimitação* das competências rege-se pelo princípio da atribuição), enquanto “*norm of self-limiting governance*”. Identificado com as notas de flexibilidade e dinamismo, assinalamos a dificuldade em definir pautas interpretativas fechadas onde possa caber a generalidade dos casos (e os juízos de prognose necessariamente associados introduzem complexidade); nessa medida, o teste da subsidiariedade pressupõe uma análise dependente das particularidades do caso, i. e., da medida em causa e do respectivo contexto/domínio de competência. Ainda assim, é possível enunciar pistas interpretativas úteis a partir dos critérios cumulativos da *insuficiência*

⁸⁴² F. DE QUADROS, *O princípio da...*, p. 34 a 36.

(dos EM: teste negativo) e da *eficácia* (da União: teste positivo), cuja densificação se torna imprescindível.

22. A fronteira entre a subsidiariedade e a proporcionalidade – princípios complementares – é ténue, sobretudo quando esta última opera na sua faceta “*competencial*”; mas numa tentativa de arrumação de conceitos é possível identificar notas distintivas. Destacamos que a proporcionalidade intervém a dois níveis: definindo a intensidade que deve revestir a acção da União por referência à acção dos EM (está em causa a autonomia dos EM, na dimensão mais relacionada com a subsidiariedade); e resolvendo os conflitos que possam surgir entre os objectivos da acção considerada e outros valores legítimos que esta possa pôr em causa (*maxime*, direitos fundamentais).

23. É na primeira das referidas dimensões que se podem divisar as discussões acerca do instrumento jurídico adequado (directiva *versus* regulamento) ou do nível de harmonização/unificação legítima; isto sempre que a norma de competência não especifique já a forma, natureza e alcance da acção, como ocorre em certa medida com o art. 83.º do TFUE.

24. A função da subsidiariedade enquanto norma procedimental, ligada a um ónus de justificação, é particularmente relevante. Todavia, verificamos que o legislador europeu tem recorrido a uma fórmula circular que pouco ou nada informa sobre a ponderação que subjaz aos respectivos testes, pressupondo uma justificação do tipo *a harmonização justifica-se por si mesma*. A prática é encorajada pela jurisprudência do TJUE, pouco exigente em termos de fundamentação da subsidiariedade, inclusive tributária desse argumento auto-justificativo.

§

25. O Tratado de Lisboa associou os PN ao controlo político da subsidiariedade, com várias vantagens: o controlo reforça o diálogo, a democracia e a descentralização, a *accountability* e a transparência; deixa um rasto analítico de grande utilidade; e potencia, através da vigilância e da interacção argumentativa, o nível de observância substantiva e procedimental do princípio (podendo auxiliar a definir os termos da “subsidiariedade em contexto”). Contudo, na medida em que os pareceres não são vinculativos, o sucesso do mecanismo, para além de condicionado pela qualidade e força argumentativa das análises, vai depender da receptividade aos argumentos: o caso

do “cartão amarelo” à proposta da Procuradoria Europeia não fundamenta perspectivas optimistas.

26. Aplaudimos *em teoria* o mecanismo, em especial no domínio penal – apesar de a harmonização por via de directivas não prescindir da intervenção do legislador nacional, há uma perda significativa de poder desde logo ao nível da decisão sobre a criminalização (o controlo assume uma dinâmica de defesa de prerrogativas nacionais). Mas ao deslocar a análise para o terreno da *prática*, verificamos que não tem sido exigente o diálogo no âmbito das propostas que relevam da harmonização penal substantiva.

27. Em termos de pareceres concluindo pela violação da subsidiariedade (*reasoned opinions*), existem apenas sete abrangendo quatro propostas de directivas das nove consideradas: “abuso de mercado”, “directiva PIF”, “droga” e “legislação aduaneira” (esta última não impõe necessariamente a criminalização). E nunca foi dirigido “cartão amarelo” a qualquer proposta harmonizadora do direito penal substantivo.

28. As propostas de directiva “tráfico de seres humanos”, “crianças”, “sistemas de informação”, “contrafacção de moeda” e “terrorismo” (esta sem avaliação de impacto, o que suscitou a mera sinalização por apenas um PN) não foram objecto de *RO*. Os (meros) contributos apresentados, considerando estas propostas conformes com a subsidiariedade, manifestam regra geral apoio expresso às mesmas e reiteram a mais-valia da acção harmonizadora; alguns apontam mesmo para “mais União”.

29. Relativamente às *RO* apresentadas, destacamos que:

- a) as *RO* analisam propostas fundadas em bases jurídicas diversas daquela que pode ser identificada como a base jurídica própria do direito penal europeu – art. 83.º do TFUE (exceptua-se o caso “droga”); nessa medida, em quase todos os casos são suscitados problemas derivados da questão *competencial* inerente à base jurídica, por vezes forçadamente apresentados enquanto questões de subsidiariedade;
- b) em quase todos os casos são suscitados problemas próprios da subsidiariedade (nem sempre aprofundada ou convincentemente), mas frequentemente em associação com outras questões como a da referida base jurídica ou a da proporcionalidade “*competencial*”; e nem sempre de modo uniforme quanto à sua associação com o escrutínio da subsidiariedade;

c) verifica-se, embora raramente, a invocação de problemas de proporcionalidade substancial das medidas, em termos por exemplo de conflito com direitos fundamentais (esse tipo de objecção de proporcionalidade não vem todavia identificado com o controlo da subsidiariedade, sendo apresentado em termos de diálogo político);

d) do ponto de vista do requisito procedimental, apenas uma *RO* aborda o problema das exigências de fundamentação próprias da subsidiariedade de forma mais aprofundada. E duas outras, conexas, apontam insuficiências, mas em concreto assinalando as *especiais exigências de fundamentação* de propostas fundadas na competência anexa; esses pareceres são ainda relevantes na medida da recusa expressa do argumento circular e de valor argumentativo às formulações retóricas e genéricas que enunciam os riscos de *forum shopping*.

30. As *RO* não parecem pressupor um controlo da subsidiariedade mais exigente por estar em causa medida de natureza penal, pelo que a especialidade do direito penal não é evidenciada (exceptua-se o caso *supra* quanto à recusa do argumento circular, mas no âmbito específico da designada competência anexa que se pretende restritivamente interpretada). Sai lograda a nossa expectativa de que os pareceres pudessem auxiliar a definir os termos da “subsidiariedade em contexto”.

31. Os PN não enunciam com frequência questões relacionadas com o pressuposto da *necessidade* da medida à luz do *objectivo* que deve ser central em qualquer projecto legislativo de natureza penal – a protecção de bens jurídicos através do direito penal, entendido como *ultima ratio*. A sua invocação poderia considerar-se *conforme com o espírito do sistema* de controlo em causa.

§

32. A intervenção do TJUE em sede de controlo jurisdicional *ex post* assume-se em correspondência com a consagração constitucional da subsidiariedade, discutindo-se todavia o respectivo alcance: à defesa de um controlo de natureza estritamente *procedimental* contrapõe-se a defesa do controlo *substantivo*, ainda que limitado ao erro manifesto. Uma terceira perspectiva assenta no justo equilíbrio entre a dinâmica procedimental (garantias processuais) e substantiva (condições de fundo), de que é tributária, pelo menos em tese, a jurisprudência.

33. Alguma doutrina tem ainda apontado as virtualidades da subsidiariedade enquanto *directriz de interpretação*, baseada na ideia do TJUE enquanto instituição europeia directamente vinculada pelo princípio: a tónica é colocada no papel do Tribunal na determinação, por via da interpretação dos Tratados, do alcance das normas europeias – “em caso de dúvida, deve prevalecer a solução que maior autonomia conceda ao decisor nacional”⁸⁴³.

34. Não identificámos jurisprudência que especificamente analise a *subsidiariedade em contexto penal*. Mas nos Acs. *Ambiente* verifica-se que os EM suscitaram o argumento da subsidiariedade em defesa da manutenção dos equilíbrios próprios do ex-terceiro pilar; o argumento foi ainda convocado nas Conclusões do AG no processo *Ambiente II*; e os Acórdãos podem também ler-se da perspectiva da lógica da subsidiariedade enquanto *critério interpretativo*. As expressões da subsidiariedade ficaram todavia silenciadas em ambas as decisões, de grande alcance mas de mínima fundamentação.

35. Apreciando a jurisprudência sobre subsidiariedade em geral, concluímos que esta prescinde de uma análise aprofundada das medidas controvertidas à luz da subsidiariedade (“‘light’ judicial approach to subsidiarity”⁸⁴⁴), com um certo desequilíbrio nas análises: desenvolvidas quanto aos aspectos relacionados com a adequação da base jurídica e com o teste da proporcionalidade, mas breves, por vezes mesmo superficiais, quanto à análise da subsidiariedade.

36. O princípio da subsidiariedade é especialmente difícil de controlar, sobretudo estando em causa um controlo substancial limitado ao erro manifesto, tendo talvez maiores possibilidades de desenvolvimento enquanto *norma de acção*. Mas também é verdade que, do ponto de vista da exigência procedimental, não existem razões para que o Tribunal exija tão pouco quanto à fundamentação das propostas: se as exigências são fixadas num patamar tão baixo, e mesmo em prejuízo dos critérios normativamente consagrados, as instituições podem ter uma tendência ao cumprimento pelo mínimo.

37. Por outro lado, o ponto sensível da jurisprudência prende-se com a circunstância de o Tribunal ter em vários casos recorrido a um argumento circular ou recursivo: na tese-padrão, a harmonização *implica necessariamente uma acção de envergadura supranacional*.

⁸⁴³ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 803 e 804.

⁸⁴⁴ P. CRAIG, *EU Administrative Law...*, 2006, p. 426 e 427.

38. Já na vigência do Tratado de Lisboa, identificamos o esforço de dar concretização, pelo menos teórica, ao princípio. Mas o Acórdão analisado desilude porque parece continuar a aceitar que a fundamentação da subsidiariedade não tem especialidades quando comparada com o dever geral de fundamentação, e pode até estar *implícita* nas considerações do legislador.

§

39. Se uma perspectiva que analise a importância do princípio da subsidiariedade na lógica dos Tratados, a partir de uma consideração *estática* do quadro normativo, possibilita enaltecer as suas virtualidades no domínio do direito penal europeu, a *dinâmica* da sua aplicação traz consigo uma percepção algo desconcertante quanto às suas reais valências. Porventura por estar em causa um quadro de competências que é já por si restritivo: pode mesmo associar-se à modelação da competência no domínio penal, rodeada de salvaguardas, o *conceito ou a ideia de subsidiariedade* enquanto “critério de densificação que condiciona a repartição vertical de competências”⁸⁴⁵.

40. A norma de competência do art. 83.º, n.º 1, do TFUE, integra já o parâmetro da transnacionalidade da questão (não isento de dúvida, em especial quanto ao “terceiro nível de transnacionalidade” ali previsto); a norma também define o instrumento admissível e em certa medida o grau da harmonização, prescindindo do crivo da proporcionalidade “*competencial*”; e o seu catálogo contempla domínios objecto de iniciativas em outros *fora*, num ponto de partida desfavorável à suficiência dos EM. O princípio da subsidiariedade afirma-se, assim, como especialmente relevante no âmbito da designada competência anexa ou da que se pretenda fundar em bases jurídicas diversas.

41. Apesar do referido e ainda das dificuldades inerentes ao princípio (vago, impreciso, dinâmico, político...), existe espaço para melhorias na sua aplicação, desde logo a partir da recusa do argumento circular. Com efeito, *se a harmonização penal for perspectivada como um fim em si mesma*, a subsidiariedade não desempenha papel relevante: em face da disparidade legislativa entre os EM, apenas a UE poderá actuar para resolver essa desarmonia, harmonizando. A norma de competência tornar-se-ia suficiente por si e “a avaliação da subsidiariedade seria reduzida a uma ficção”⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ M. L. DUARTE, “A aplicação jurisdicional...”, p. 784.

⁸⁴⁶ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e...”, p. 159 e 155.

42. Se o único argumento da harmonização se fundasse na desarmonia seria até duvidosa a eficácia da medida sempre que ela previsse regras mínimas por via de directivas – a disparidade entre os sistemas pode continuar a existir apesar da harmonização; entre o mais, a parte geral dos Códigos Penais garante a persistência de diversas desarmonias.

43. Há pois que exigir a explicitação de uma razão mais profunda para a harmonização penal e para o sentido com que é realizada: a harmonização é o meio e não o objectivo. A dimensão procedimental da subsidiariedade surge com importância, ressaltando a necessidade de que as exigências de fundamentação sejam *levadas a sério* pelo legislador europeu (e pelo TJUE em sede de controlo), inclusive através do recurso aos dados e conclusões de avaliação e prova empírica.

44. A aplicação do princípio da subsidiariedade está assim necessariamente dependente da questão do *objectivo* ou *finalidade* da acção: a justificação (cfr. as directivas aprovadas) assente na *previsão de sanções penais em toda a União*, ou na *sujeição de certas condutas a sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas em todos os EM*, é desadequada porque circular; *melhorar e incentivar a cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes*, ou *garantir a aplicação de certos instrumentos já aprovados*, podendo constituir *efeito* da harmonização, não assume o seu *fundamento* principal; e a alusão à *luta contra o crime*, correspondendo a uma fórmula usual, é equívoca.

45. O que está em causa é precisamente a escolha, definida ao nível da União, sobre *o que é crime* para efeitos de acomodação nos ordenamentos jurídico-penais nacionais: recusa-se a definição de crime *a priori*. Indagando sobre a finalidade legitimadora deste direito penal europeu, convocamos o paradigma da função do direito penal orientada para a protecção subsidiária de bens jurídicos; articulando dessa forma a subsidiariedade *jus-comunitária* e a subsidiariedade *jus-criminal*.

§

46. O paradigma constrói-se em dois segmentos ou juízos rectores: teoria do bem jurídico e necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* do direito penal. A circunstância de a “teoria da tutela subsidiária de bens jurídicos como função do direito penal” ter expressão no sistema jurídico-constitucional português não conduz automaticamente à sua apropriação, e plena integração, pela ordem jurídico-europeia. Mas parece-nos

possível encontrar pontes entre essa teoria e o regime de restrições de direitos fundamentais vigente na ordem jurídico-constitucional da União. Fazemos assim derivar a teoria do (pluriforme) princípio da proporcionalidade densificado pela jurisprudência e com expressão constitucional designadamente no art. 52.º, n.º 1, da CDFUE.

47. Não parece existir desencontro decisivo entre o princípio europeu da proporcionalidade e o paradigma referido ao nível do seu segundo juízo rector, i. e., da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio*. É a própria doutrina penal que reconhece que a força vinculante do paradigma depende, quanto a este segmento, do princípio da proporcionalidade: no caso português, o critério da *carência de tutela penal* “ganhou assento expreso no texto constitucional”⁸⁴⁷ com o actual art. 18.º, n.º 2, da CRP. Não existe diferença substancial entre as expressões relevantes da CRP e da CDFUE: “devendo as restrições limitar-se ao necessário” *versus* “essas restrições só podem ser introduzidas se necessárias”.

48. E nada parece impedir que o contributo da dogmática jurídico-penal afine os termos da operatividade daquele princípio da proporcionalidade de direito da União em contexto penal, enriquecendo-o pela força persuasiva dos seus argumentos: fala-se em “fusão de postulados específicos de limitação jurídico-penais e jurídico-constitucionais no âmbito da análise da proporcionalidade”⁸⁴⁸.

49. Acresce a aceitação pelo TJUE, na esteira do TEDH, de um controlo mais estrito, com a inerente restrição da margem de discricionariedade consentida ao legislador, nos domínios mais sensíveis do ponto de vista designadamente da natureza e gravidade da ingerência nos direitos fundamentais (Ac. *Digital Rights Ireland*): assumindo-se o direito penal como a mais gravosa de todas as ingerências, a exigência acrescida (da “estrita necessidade”, nos termos do referido Acórdão) é frutífera.

50. Sublinhamos contudo o carácter problemático das obrigações positivas de criminalização derivadas da jurisprudência do TEDH, com relevância no âmbito do constitucionalismo multinível em que opera o direito penal europeu. Identificando o carácter de *garantia* associado à jurisprudência de proporcionalidade do TEDH, assinalamos por outro lado uma dinâmica em eventual *contra-corrente* com a *ultima*

⁸⁴⁷ J. FIGUEIREDO DIAS, “O ‘Direito Penal...”, p. 42.

⁸⁴⁸ M. BUNZEL, “La fuerza del...”, p. 169 a 171.

ratio: ao invés da limitação do poder punitivo, está em causa fundamentar a sua expansão.

51. O juízo da necessidade/subsidiariedade/*ultima ratio* não constitui critério único de legitimação do direito penal (europeu): a subsidiariedade deve ser pensada como “complemento imprescindível do pensamento do bem jurídico”⁸⁴⁹ (primeiro juízo rector). Até porque não existe também uma proporcionalidade em si mesma, tornando-se necessário determinar o *objectivo* ou *finalidade* da acção visada. Indagando em contexto europeu sobre tal fim, identificamo-lo com a protecção de bens jurídico-penais: é esse eixo material em redor do qual se devem orientar os testes da proporcionalidade (e da subsidiariedade enquanto princípio constitucional da União).

52. Relativamente ao seu inciso “necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”, o art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, não se afasta decisivamente do art. 18.º, n.º 2, da CRP: parece também assegurar a “reserva constitucional de bem” como “dimensão garantística ineliminável do regime das leis restritivas”⁸⁵⁰; a própria Carta se assume como “referência axiológico-normativa fundante”⁸⁵¹.

53. Diversamente, quanto ao inciso “correspondência efectiva com objectivos de interesse geral reconhecidos pela União”, verificamos uma maior neutralidade desse critério do ponto de vista do discurso do bem jurídico. Mas mesmo que não se vislumbre definitiva correspondência entre o princípio da proporcionalidade tal como consagrado na Carta (com a sua fórmula elástica) e a teoria do bem jurídico, nada parece impedir, antes pelo contrário, que deste juízo rector trabalhado pela teoria penal se retirem postulados para a construção do direito penal europeu.

54. No domínio da decisão de criminalizar, verifica-se o potencial de *tensão* ou *conflito* entre o direito europeu e os sistemas nacionais. No caso português, apontamos o reconhecimento pelo TC do “princípio jurídico-constitucional do ‘direito penal do bem jurídico’, enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias”⁸⁵². O paradigma analisado afirma-se, pois, como *estrutura constitucional fundamental* (art. 4.º, n.º 2, do TUE), *aspecto fundamental do sistema de justiça penal* (art. 83.º, n.º 3, do TFUE), e, em termos que parecem derivar da

⁸⁴⁹ C. ROXIN, “El concepto de...”, p. 14.

⁸⁵⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, “Artigo 18.º”, p. 392.

⁸⁵¹ M. FERREIRA MONTE, “Da autonomia constitucional...”.

⁸⁵² M. J. ANTUNES, “A Constituição e...”, fls. 5.

jurisprudência do TC, *princípio fundamental do Estado de direito democrático* (art. 8.º, n.º 4, da CRP).

55. O encargo pela salvaguarda deste paradigma não reside, no desenvolvimento do direito penal europeu, apenas no legislador da União: o papel dos EM é determinante na redução das margens de conflito (*concordância prática*).

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Luís Duarte d' – *Direito Penal e Direito Comunitário. O Ordenamento Comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros*, Coimbra, Almedina, 2001

AMARAL, Diogo Freitas do / PIÇARRA, Nuno – “O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma ‘evolução na continuidade’”, *Revista de Direito Público*, ano I, n.º 1, Janeiro/Junho, 2009, p. 9-56

AMELUNG, Knut – “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 227-264

ANDRADE, Manuel da Costa – “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º 2, Abril/Junho, 1992, p. 173-205

– *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

ANTUNES, Maria João – “A Constituição e os princípios penais”, Relatório Português in TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, *XIII Conferência Trilateral – Itália, Espanha, Portugal*, Madrid, 13 a 15 de Outubro de 2011

ASP, Petter – “The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law”, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 1, No. 1, 2011, p. 44-55

– *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm, Jure, 2012

BELEZA, Teresa Pizarro – *A Mulher no Direito Penal*, Lisboa, Edição da Comissão da Condição Feminina, 1984

– *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993

– *Direito Penal*, 1.º volume, 2.ª edição revista e actualizada, reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998

– “A ‘violência de género’ no Direito Internacional e Europeu. Nova Convenção do Conselho da Europa sobre violência contra as mulheres”, disponível in: <http://fd.unl.pt/Anexos/5145.pdf> [último acesso: 31.1.2017]

– “‘Consent – It's as Simple as Tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (coord.), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 15-26

BERMANN, George A. – “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, *Columbia Law Review*, Volume 94, No. 2, March, 1994, p. 331-456

– “National Parliaments and Subsidiarity: An Outsider's View” in PERNICE, Ingolf / TANCHEV, Evgeni (ed.), *Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution?: 7th International ECLN-Colloquium, Sofia, 17-19 April 2008*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 155-161

BILLIS, Emmanouil – “The European Court of Justice: A ‘Quasi-Constitutional Court’ in Criminal Matters? The *Taricco* Judgment and Its Shortcomings”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 7, Issue 1, 2016, p. 20-38

BIONDI, Andrea – “Subsidiarity in the Courtroom” in BIONDI Andrea / EECKHOUT, Piet / RIPLEY, Stefanie (ed.), *EU Law after Lisbon*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2012, p. 213-227

BÖSE, Martin – “Derechos fundamentales y Derecho penal como ‘Derecho coactivo’” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 137-146

– “The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)”, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 1, No. 1, 2011, p. 35-43

BRENNCKE, Martin – “Case C-58/08, *Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 June 2010”, *Common Market Law Review*, Volume 47, Issue 6, 2010, p. 1793-1814

BRITO, José de Sousa e – “A Lei Penal na Constituição” in MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, Petrony, 1978, p. 197-254

BUNZEL, Michael – “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de información” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 147-176

CAEIRO, Pedro – “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, n.º 2, Abril/Junho, 1996, p. 189-208

– “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa” in ANDRADE, Manuel da Costa *et alii* (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1067-1132

– *Direito Penal e Integração Europeia: Uma Introdução. Sumários e bibliografia para uso dos Auditores de Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu de 2005*, [s.l], [s.e], 2005

– “Cooperação judiciária na União Europeia” in COSTA, José de Faria / SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 439-453

– *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

– “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais” in CORREIA, Fernando Alves / MACHADO, Jónatas M. / LOUREIRO, João Carlos (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 179-210

– “Observações sobre a Proposta de Directiva relativa à protecção do euro e outras moedas contra a contrafacção, de 2013” in CUNHA, Luís Pedro / QUELHAS, José Manuel / ALMEIDA, Teresa (org.), *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes – Boletim de Ciências Económicas*, Volume LVII, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 885-906

– “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu” in SOUSA, Constança Urbano de (coord.), *O espaço de liberdade, segurança e justiça na UE: desenvolvimentos recentes*, Lisboa, Edual, 2014, p. 241 a 255

– “The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law” in GALLI, Francesca / WEYEMBERGH, Anne (eds.), *Do labels still matter?*, Editions de l' Université de Bruxelles, Bruxelles, 2014, p. 171-190

– “The relationship between European and international criminal law (and the absent(?) third)” in MITSILEGAS, Valsamis / BERGSTRÖM, Maria / KONSTADINIDES, Theodore, *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2016, p. 580-601

CANOTILHO, J. J. Gomes – “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal” in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, Volume I, 1984, p. 827-858

– “A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional” in MIRANDA, Jorge (org.), *Nos dez anos da Constituição*, s.l., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 347-372

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital – “Artigo 8.º”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 251-273

– “Artigo 18.º”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 379-396

CANOTILHO, Mariana – “Artigo 53.º” in SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 606-624

CHALMERS, Damian / DAVIES Gareth / MONTI, Giorgio – *European Union Law. Cases and Materials* Second Edition, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2010

CONSTANTINESCO, Vlad – “Who's Afraid of Subsidiarity?”, *Yearbook of European Law*, Volume 11, Issue 1, 1991, p. 33-55

COOPER, Ian – “The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU”, *Journal of Common Market Studies*, Volume 44, Issue 2, June, 2006, p. 281-304

– “A ‘Virtual Third Chamber’ for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon”, *West European Politics*, Volume 35, Issue 3, 2012, p. 441-465

COSTA, António Manuel de Almeida – “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n.º 2, Abril/Junho, 1994, p. 199-215

COSTA, Jorge Alves – “Constituição Europeia e cooperação judiciária penal: leitura breve”, *O Direito*, ano 137.º, IV-V, 2005, p. 731-753

COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmentia iuris poenalis)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CRAIG, Paul – “Unreasonableness and Proportionality in UK Law” in ELLIS, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 85-106

– *EU Administrative Law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2006

– *EU Administrative Law*, Second Edition, Oxford - New York, Oxford University Press, 2012

CRAIG, Paul / de BÚRCA, Gráinne – *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, Oxford - New York, Oxford University Press, 2015

CUERDA RIEZU, Antonio – “¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?” in AAVV, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 621-635

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “*Constituição e Crime*”. *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995

(coord.) –, *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016

CUNHA, Paulo Ferreira da – *A Constituição do Crime. Da Substantial Constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

CUPELLI, Cristiano – “La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia”, disponível in: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5196-la-corte-costituzionale-ancora-non-decide-sul-caso-taricco-e-rinvia-la-questione-alla-corte-di-gius> [último acesso: 31.1.2017]

DAVIES, Gareth – “Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time”, *Common Market Law Review*, Volume 43, Issue 1, 2006, p. 63-84

de ANGELIS, Francesco – “La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive” in GRASSO, Giovanni (a cura di), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo*, Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo, Catagnia, 26 maggio 1997, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 35-50

de BÚRCA, Gráinne – “The Principle of Proportionality and its Application in EC Law”, *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, 1993, p. 105-150

– “The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, Volume 36, Issue 2, June, 1998, p. 217-235

– “Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law” in BERNITZ, Ulf / NERGELIUS, Joakim (ed.), *General Principles of European Community Law. Reports from a Conference in Malmö, 27-28 August 1999*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 95-112

– *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99, Cambridge, Harvard Law School, 2000

de BÚRCA, Gráinne / de WITTE, Bruno – “The Delimitation of Powers Between the EU and its Member States” in ARNULL, Anthony / WINCOTT, Daniel (ed.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2002, p. 203-222

De HERT, Paul / WIECZOREK, Irene – “Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy: The Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 3, Issue 3-4, 2012, p. 394-411

DELMAS-MARTY, Mireille (dir.) – *Corpus Juris, introducing provisions for the purpose of the financial interests of the European Union / Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l' Union européenne*, Paris, Economica, 1997

DELMAS-MARTY, Mireille – “The European Union and Penal Law”, *European Law Journal*, Volume 4, Issue 1, March, 1998, p. 87-115

–, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, n.º 2.º, Abril/Junho, 1999, p. 229-243

DELMAS-MARTY, Mireille / VERVAELE, J.A.E. (ed.) – *The implementation of the Corpus Juris in the Member States / La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Antwerpen – Groningen - Oxford, Intersentia, 2000-2001

DIAS, Augusto Silva – “De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 3, Julho/Setembro, 2004, p. 305-323

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, volume I, Janeiro/Abril, 1983, p. 5-40

– “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português” in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 35-74

– “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 19-33

– “O ‘Direito Penal do Bem Jurídico’ como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações” in AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional (24 e 25 de Outubro de 2008), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 31-46

– *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro – “Comentário ao Acórdão *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*” in FERREIRA, Eduardo Paz / DUARTE, Maria Luísa / FERRO, Miguel Sousa (orgs.), *Jurisprudência. Cunha Rodrigues – Comentários*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 14-29

DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio – “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, tradução do italiano de José de Faria Costa, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n.º 2, Abril/Junho, 1994, p. 151-198

DONINI, Massimo – “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1-2, Gennaio-Giugno, 2003, p. 141 a 183

DUARTE, Maria Luísa – “A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites” in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrakes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 779-813

– “Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia – A propósito do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 46, n.º 1, 2005, p. 341-370

– “Notas de Apresentação” in DUARTE, Maria Luísa / LOPES, Carlos Alberto, *Tratado de Lisboa. Versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, Lisboa, AAFDUL, 2008

– “O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Controlo Indireto das Decisões do Conselho de Segurança – sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a protecção dos direitos fundamentais”, *Themis*, ano XIII, n.ºs 24 e 25, 2013, p. 49-76

EMILIOU, Nicholas – “Subsidiarity: an effective barrier against ‘the enterprise of ambition’?”, *European Law Review*, Volume 17, No. 5, 1992, p. 383-407

– *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996

EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE – *The Manifesto on European Criminal Policy*, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 1, No. 1, 2011, p. 86-103

FASSBENDER, Bardo – “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre/diciembre, 1998, p. 51-73

FERRO, Miguel Sousa – “Acórdão C-176/03 do TJCE: a comunitarização das competências penais?”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º 107, Julho/Setembro, 2006, p. 189-212

GAEDE, Karsten – “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo de fraude de subvenciones” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 265-281

GALETTA, Diana-Urania – “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre/diciembre, 1998, p. 75-118

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique – “Presentación” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 11-22

GIUFFRIDA, Fabio – “The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers. Case Note on C-105/14, *Taricco*”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 7, Issue 1, 2016, p. 100-112

GOMES, Carla Amado – “Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º 107, Julho/Setembro, 2006, p. 213-230

GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2005

GRASSO, Giovanni – *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, Giuffrè Editore, 1989

– “Prospettive di uno ‘spazio giudiziario europeo’”, *L'Indice Penale*, anno XXX, n.º 1, Gennaio-Aprile, 1996, p. 109-120

– “La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea” in GRASSO, Giovanni (a cura di), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo*, Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo, Catagnia, 26 maggio 1997, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 1-34

– “Prefazione. Il *Corpus juris* e il progetto di ‘Costituzione per L'Europa’” in GRASSO, Giovanni / SICURELLA, Rosaria (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 1-27

HARBO, Tor-Inge – “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, Volume 16, Issue 2, March, 2010, p. 115-185

HASSEMER, Winfried – “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 95-104

HEFENDEHL, Roland (ed.) – *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007

HEFENDEHL, Roland – “El bien jurídico como eje material de la norma penal” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 179-196

– “De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 459-475

HERLIN-KARNELL, Ester – “Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law – A Lost Cause?”, *European Law Journal*, Volume 15, Issue 3, May, 2009, p. 351-361

– *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2012

– “Effectiveness and Constitutional Limits in European Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 5, Issue 3, 2014, p. 267-273

HOFFMANN, The Rt. Hon. Lord – “The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law” in ELLIS, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 107-115

HÖRNLE, Tatjana – “La protección de sentimientos en el StGB” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 383-399

– “Theories of Criminalization” in DUBBER, Markus D. / HÖRNLE, Tatjana (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2014, p. 679-701

HUOMO-KETTUNEN, Merita – “EU Criminal Policy at a Crossroads between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 5, Issue 3, 2014, p. 301-326

JACOBS, Francis G. – “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law” in ELLIS, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 1-22

KAHLO, Michael – “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 53-68

KAIKIFA-GBANDI, Maria – “The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law”, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 1, No. 1, 2011, p. 7-34

KIIVER, Philipp – “The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations”, *ERA Forum*, Volume 12, Issue 4, March, 2012, p. 535-547

KLIP, André – *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2nd edition, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2012

– “European Criminal Policy”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 20, Issue 1, 2012, p. 3-12

– “The Substantive Criminal Law Jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 20, Issue 4, 2012, p. 367-376

KNUDSEN, Holger – “Incesto entre irmãos e o Tribunal Federal Constitucional: a Decisão de 26.2.2008 nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade”, *Revista de Mestrado em Direito*, ano 9, n.º 1, 2009, tradução e nota explicativa de Débora Gozzo, p. 171-185

LABAYLE, Henri – “Un espace de liberté, de sécurité et de justice”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Volume 33, 4, 1997, p. 813-881

– “Architecte ou spectatrice?, La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Volume 42, 1, 2006, p. 1-46

LAGODNY, Otto – “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p.129-136

– “Basic rights and substantive criminal law: The Incest Case”, *University of Toronto Law Journal*, Volume 61, Number 4 (Fall), 2011, p. 761-781

LEÃO, Anabela – “Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso” in AAVV, *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 999-1039

LEITE, Inês Ferreira – “Direito Penal Europeu: do *Corpus Juris* aos métodos de integração europeia” in PALMA, Maria Fernanda / DIAS, Augusto Silva / MENDES, Paulo de Sousa (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 343-366

LE MOS, Miguel Ângelo Loureiro Manero de – *O défice democrático na União Europeia e o direito criminal*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006

LENAERTS, Koen – “The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism”, *Fordham International Law Journal*, Volume 17, Issue 4, 1993, p. 846-895

LENAERTS, Koen / van YPERSELE, Patrick – “Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l' article 3 B du Traité CE”, *Cahiers de Droit Européen*, Volume 30, 1-2, p. 3-85

LIGETI, Katalin (coord.) – *Model Rules for the Procedure of the EPPO*, disponível in: <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules> [último acesso: 31.1.2017]

LIGETI, Katalin / SIMONATO, Michele – “The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 4, Issue 1-2, 2013, p. 7-21

LOPES, Dulce Margarida de Jesus – *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003

LOUIS, Jean-Victor – “National Parliaments and the Principle of Subsidiarity - Legal Options and Practical Limits” in PERNICE, Ingolf / TANCHEV, Evgeni (ed.), *Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution?: 7th International ECLN-Colloquium, Sofia, 17-19 April 2008*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 132-154

LUCHTMAN, Michiel / VERVAELE, John – “European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)”, *Utrecht Law Review*, Volume 10, Issue 5, December, 2014, p. 132-150

MANACORDA, Stefano – “‘Dovere di punire’? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto” in MECCAEELLI, Massimo / PALCHETTI, Paolo / SOTIS, Carlo (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2014, p. 307-348

– “La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco”, *Archivio Penale*, Fascicolo n. 3, Settembre-Dicembre, 2015, p. 1-7

– “La garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso *Taricco*”, “In corso di stampa. In atti del convegno: ‘Il controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali’, Università di Ferrara, 7-8 aprile 2016”, disponível, com esta indicação, in: <https://unina2.academia.edu/StefanoManacorda> [último acesso: 20.6.2016]

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia – “Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito das Comunidades Europeias”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n.º 2, Abril/Junho, 1991, p. 295-312

MARTINS, Margarida Salema d' Oliveira – *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

– “O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais” in QUADROS, Fausto de (coord.), *O Tratado de Lisboa. Jornadas Organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 47-56

MAUGERI, Anna Maria, “Fundamental Rights in the European Legal Order, both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 4, Issue 4, 2013, p. 374-408

MELANDER, Sakari – “Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the General Part of Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 5, Issue 3, 2014, p. 274-300

MENDES, Paulo de Sousa – “O Branqueamento de Capitais e a Criminalidade Organizada” in GOUVEIA, Jorge Bacelar / PEREIRA, Rui (coord.), *Estudos de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 335-349

– “A Adaptação do Direito Português à Directiva sobre o Abuso de Mercado” in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 1129-1138

– “Artigo 325.º” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1145-1151

– “Os poderes do OLAF na luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e dos Estados-Membros” in PALMA, Maria Fernanda / DIAS, Augusto Silva / MENDES, Paulo de Sousa (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 419-428

MIR PUIG, Santiago – “O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º 1, Janeiro/Março, 2009, p. 7-38

MITSILEGAS, Valsamis – *EU Criminal Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2009

– “From Overcriminalisation to Descriminalisation – The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 5, Issue 3, 2014, p. 416-424

– “Article 49” in PEERS, Steve *et alii* (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2014, p. 1351 a 1371

– *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2016

MITSILEGAS, Valsamis / CARRERA, Sergio / EISELE, Katharina – “The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty. Who Monitors Trust in the European Justice Area?”, Document requested by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), Brussels, 2014, disponível in: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509998/IPOL_STU\(2014\)509998_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509998/IPOL_STU(2014)509998_EN.pdf) [último acesso: 31.1.2017]

MONTE, Mário Ferreira – *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009

– “Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu” in MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 39 a 82

– “O princípio da legalidade na relação entre o direito penal e o direito natural [em particular, o direito penal europeu]” in MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 83 a 107

– “Da legitimação e intervenção jurídico-penal normativa (substantiva e adjectiva): novas possibilidades” in MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 147-219

– “Legalidade, validade e controlo jurisdicional dos actos normativos europeus em matéria penal - o balanço possível, 50 anos após o Tratado de Roma” in MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 109 a 143

– “O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa” in MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”. Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 221-250

MONTE, Mário / FREITAS, Pedro Miguel / SANTOS, Margarida “Artigo 49.º” in SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 553-563

MORAIS, Carlos Blanco de – “A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 58, volume II, Julho, 1998, p. 779-821

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de – *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Madrid, Civitas, 2011

– “Conference Proceedings: Workshop on the ‘Manifesto on European Criminal Policy’, Madrid, 9th April 2010”, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 1, No. 1, 2011, p. 81-85

MOREIRA, Vital – “Anotação Geral [à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia]” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1395-1408

NIETO MARTÍN, Adán – *Fraudes Comunitarios (Derecho Penal Económico Europeo)*, Barcelona, Praxis, 1996

NILSSON, Hans G – “How to combine minimum rules with maximum legal certainty”, *Europarättslig tidskrift*, 4, 2011, p. 663-675

ÖBERG, Jacob – “Do We Really Need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law?”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 5, Issue 3, 2014, p. 370-387

– “Subsidiarity and EU Procedure Criminal Law”, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 5, No. 1, 2015, p. 19-45

OUWERKERK, Jannemieke W., “Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 3, Issue 3-4, 2012, p. 228-241

PALMA, Maria Fernanda – *Direito Constitucional Penal*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011

– “Conceito material de crime e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, n.º 0, Julho/Dezembro, 2014, p. 11 a 22

– “O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia” in PALMA, Maria Fernanda / DIAS, Augusto Silva / MENDES, Paulo de Sousa (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 11-20

PEERS, Steve – “EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon”, *European Law Review*, Volume 33, Issue 4, 2008, p. 507-529

– “The European Community's criminal law competence: The plot thickens”, *European Law Review*, Volume 33, Issue 3, 2008, p. 399-410

– *EU Justice and Home Affairs Law*, Third Edition, Oxford - New York, Oxford University Press, 2011

PEERS, Steve / PRECHAL, Sacha, “Article 52” in PEERS, Steve *et alii* (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2014, p. 1455-1521

PIÇARRA, Nuno – *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

– “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, p. 81-125

– “A Fiscalização do Cumprimento das Obrigações Assumidas pelos Estados-Membros no Espaço Europeu de Justiça”, *Estratégia*, n.º 18/19, 1.º/2.º Semestre, 2003, p. 87-95

– “O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento”, *O Direito*, ano 137.º, IV-V, 2005, p. 967-1014

– “O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: balanço e perspectivas”, *Polícia e Justiça*, 3.ª Série, n.º 5, Janeiro/Junho, 2005, p. 17-64

– “A transposição da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu sob escrutínio dos juízes constitucionais nacionais. Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional da Polónia, de 27 de Abril de 2005, e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 18 de Julho de 2005”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 8, Outubro/Dezembro, 2005, p. 56-101

– “A justiça constitucional da União Europeia” in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 467-501

– “A União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça: alguns desenvolvimentos recentes” in GOUVEIA, Jorge Bacelar / PEREIRA, Rui (coord.), *Estudos de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2007, 317-336

– “Direito da União Europeia: o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Relatório com o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino da Cadeira”, *Themis*, ano X, n.º 19, 2010, p. 233-366

– “O Tratado de Lisboa em perspectiva constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência” in PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 15-37

– “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” in PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 127-155

– “A crise nas fronteiras (dos Estados-Membros) da União Europeia: causas e soluções” in GOUVEIA, Jorge Bacelar / PIÇARRA, Nuno (coord.), *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 137-178

– “Nos 50 Anos do Acórdão Van Gend en Loos. A génese dos princípios do efeito direto e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados-Membros”, *Themis*, ano XIII, n.ºs 24 e 25, 2013, p. 101-121

– “Artigo 6.º” in SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 91-102

PICOTTI, Lorenzo – “Diritto penale comunitario e Costituzione europea” in CANESTRARI, Stefano / FOFFANI, Luigi (a cura di), *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea. Quali Politiche Criminali per quale Europa?*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, p. 325-376

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal” in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 209-274

– “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XXXIX, n.º 2, 1998, p. 519-527

– “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social” in AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 285-321

– “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fasc. 3.º, Julho/Setembro, 2000, p. 371-387

PIRES, Francisco Lucas – “A política social comunitária como exemplo do princípio da subsidiariedade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXIII, n.º 3-4, Julho/Dezembro, 1991, p. 239-259

POLLICINO, Oreste / BASSINI, Marco – “When cooperation means request for clarification, or better for ‘revisitation’”, disponível in: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5195-when-cooperation-means-request-for-clarification-or-better-for-revisitation> [último acesso: 31.1.2017]

QUADROS, Fausto de – *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1995

– “O princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributos para a revisão do Tratado” in AAVV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 231- 247

– *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013

RAMOS, Rui Manuel Moura – “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais” in RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 65-94

– “O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia” in RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 197-228

– “Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa” in RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 270-287

RODRIGUES, Anabela Miranda – “Globalização, Democracia e Crime” in COSTA, José de Faria / SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 277-310

– *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

– “A emergência de um ‘direito penal europeu’. Questões urgentes de política criminal” in RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 223-237

– “O futuro do sistema de justiça penal europeia” in RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 391-403

– “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidades ou os caminhos da harmonização?” in RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 285-336

– “O Tratado de Lisboa e o Direito Penal Europeu” in PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 185-194

– “Artigo 82.º” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 426-433

– “Artigo 83.º” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 434-438

– “Artigo 84.º” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 439-440

– “Artigo 86.º” in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 448-453

– “Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European arrest warrant”, *Cahiers de Defense Sociale, Joachim Vogel in memoriam*, 2013, p. 82-90

RODRIGUES, Anabela Miranda / MOTA, José Luís Lopes da – *Para uma Política Criminal Europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

RODRIGUES, Joana Amaral – *Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência? Da protecção dos interesses financeiros comunitários às possibilidades de desenho do novo órgão*, Coimbra, Almedina, 2012

– “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º 2, Abril/Junho, 2013, p. 167-213

– “As sanções (ou medidas restritivas) internacionais: enquadramento e questões jurídicas fundamentais”, *Themis*, ano XIII, n.ºs 24/25, 2013, p. 201-231

– “A ‘luta contra a fraude’ lesiva dos interesses financeiros da UE: evolução e perspectivas” in COSTA, José de Faria / GODINHO, Inês Fernandes / SOUSA, Susana Aires de (org.), *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 53-70

ROXIN, Claus – *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997

– “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 443-458

– “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 15, 2013, p. 1-27

– “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, tradução de Susana Aires de Sousa, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º 1, Janeiro/Março, 2013, p. 7-43

– “The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny”, translation by Carl Robert Whittaker, *European Criminal Law Review (EuCLR)*, Volume 3, No. 1, 2013, p. 3-25

SATZGER, Helmut – *International and European Criminal Law*, München - Oxford - Baden-Baden, C. H. Beck - Hart - Nomos, 2012

SCHÜNEMANN, Bernd – “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 197-226

SCHWARZE, Jürgen – “Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 370, 1993, p. 615-619

– *Droit Administratif Européen*, 2ème édition complétée, Bruxelles, Bruylant, 2009

SEHER, Gerhard – “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 69-92

SEVENSTER, Hanna G. – “Criminal Law and EC Law”, *Common Market Law Review*, Volume 29, Issue 1, 1992, p. 29-70

SICURELLA, Rosaria – “Il *Corpus Juris* e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari” in GRASSO, Giovanni / SICURELLA, Rosaria (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 31-194

– “Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office” in LIGETI, Katalin (ed.), *Towards a Prosecutor for the European Union*, Oxford - Portland, Hart, 2013, p. 870-904

– “EU Competence in criminal matters” in MITSILEGAS, Valsamis / BERGSTRÖM, Maria / KONSTADINIDES, Theodore, *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2016, p. 49-77

SILVA, Suzana Tavares da – “O *Tetralema* do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: Adequação,

Necessidade, Ponderação e Razoabilidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 639-678

SILVEIRA, Alessandra – “Artigo 52.º” in SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 590-605

SOULIER, Gérard – “Le Traité d’Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 2, 1998, p. 237-254

SOUSA, Constança Urbano de – “O ‘Novo’ Terceiro Pilar da União Europeia: a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal” in DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii* (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 867-915

SPAVENTA, Eleanor – “O princípio da subsidiariedade e a nova proposta de Protocolo” in AAVV, *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 95-110

– “Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*”, *European Constitutional Law Review*, Volume 3, Issue 1, February, 2007, p. 5-24

STERNBERG-LIEBEN, Detlev – “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 105-127

STRATENWERTH, Günter – “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 365-372

STRECK, Lenio Luiz – “Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermaßverbot*) à Proibição de Protecção Deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como Não Há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXX, 2004, p. 303-345

STUCKENBERG, Carl-Friedrich – “The Constitutional Deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, No. 1, 2013, p. 31-41

TIEDEMANN, Klaus – *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU, 1993

TIMMERMAN, Mikhel – “Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: *Taricco*”, *Common Market Law Review*, Volume 53, Issue 3, 2016, p. 779-796

TORRES PÉREZ, Aida – “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review*, Volume 10, Issue 2, September, 2014, p. 308-331

TOTH, A. G. – “Is subsidiarity justiciable?”, *European Law Review*, Volume 19, Issue 3, 1994, p. 268-285

TRIDIMAS, George / TRIDIMAS, Takis – “The European Court of Justice and the Annulment of the Tobacco Advertisement Directive: Friend of National Sovereignty or Foe of Public Health?”, *European Journal of Law and Economics*, Volume 14, Issue 2, 2002, p. 171-183

TRIDIMAS, Takis – “Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny” in ELLIS, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 65-84

– *The General Principles of EU Law*, Second Edition, reprinted, Oxford - New York, Oxford University Press, 2009

– “Competence after Lisbon: The elusive search for bright lines” in ASHIAGBOR, Diamond / COUNTOURIS, Nicola / LIANOS, Ioannis (ed.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2012, p. 47-77

VERVAELE, John A. E. – “Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law” in GALLI, Francesca / WEYEMBERGH, Anne (ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 43-71

– “The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor’s Office: A Harmonised National Patchwork?”, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Volume 5, 2014, p. 259-277

– “European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU’s Financial Interests in its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension”, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Volume 5, 2014, p. 279-301

VILHENA, Maria do Rosário – *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2002

VIGANÒ, Francesco – “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Política Criminal*, Vol. 9, n.º 18, Diciembre, 2014, p. 428-476

VOGEL, Joachim / SPENCER, J. R. – “Proportionality and the European arrest warrant”, *Criminal Law Review*, Issue 6, 2010, p. 474-482

von HIRSCH, Andrew – “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’” in HEFENDEHL, Roland (ed.), *¿La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael

Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 37-52

WEILER, Joseph H. H. – “The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals”, *European Law Review*, Volume 22, 1997, p. 150-156

WEYEMBERGH, Anne – *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004

– “The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 12, Issue 2, 2005, p. 149-172

WEYEMBERGH, Anne (in collaboration with Serge DE BIOLLEY) – “Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors” in GALLI, Francesca / WEYEMBERGH, Anne (ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 9-33

WHITE, Simone – *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1998

WIECZOREK, Irene – “The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Commission's Hasty Approach to National Parliament's Subsidiarity Arguments”, *German Law Journal*, Volume 16, No. 5, 2015, p. 1247-1270

WYATT, Derrick – “Subsidiarity and Judicial Review” in O'KEEFEE, David (ed.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 505-519

– “Could a ‘yellow card’ for national parliaments strengthen judicial as well as political policing of subsidiarity?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Volume 2, 2006, p. 1-18

§

Corpus Juris 2000 (Draft agreed in Florence), disponível in: <http://dirittopenaleeuropeo.it/corpus-juris-2000/> [último acesso: 31.1.2017]

“Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Karlsruhe, 2.^a Secção, 12 de Outubro de 1993 – 2 BVR 2134792, 2 BVR 2159792”, tradução de M. Brito Correia, *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo 2, 1994, p. 263-315

(OUTRAS) FONTES DOCUMENTAIS

I – DOCUMENTOS OFICIAIS

Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão sobre os procedimentos para a aplicação do princípio da subsidiariedade (JO C 329, de 6.12.1993, p. 132 e ss.)

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – *Report on European Union, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/75*

– *The principle of subsidiarity: Communication of the Commission to the Council and the European Parliament (SEC (92) 1990 final – Brussels, 27.10.1992)*

– *Relatório da Comissão ao Conselho Europeu sobre a adaptação da legislação em vigor ao princípio da subsidiariedade (COM (93) 545 final – Bruxelas, 24.11.1993)*

– *Comunicação da Comissão: Contribuição complementar da Comissão para a Conferência Intergovernamental sobre as reformas institucionais. A protecção penal dos interesses financeiros comunitários: um Procurador Europeu (COM (2000) 608 final – Bruxelas, 29.09.2000)*

– *Livro Verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu, apresentado pela Comissão (COM (2001) 715 final – Bruxelas, 11.12.2001)*

– *Relatório de Acompanhamento do Livro Verde sobre a protecção dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu (COM (2003) 128 final – Bruxelas, 18.3.2003)*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre as consequências do acórdão do Tribunal de Justiça de 13.9.05 (C-176/03, Comissão/Conselho) (COM (2005) 583 final – Bruxelas, 23.11.2005)*

– *Comunicação da Comissão ao Conselho: Reformar a Europa para o século XXI (COM (2007) 412 final – Bruxelas, 10.7.2007)*

COMISSÃO DOS ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS DO PARLAMENTO EUROPEU (relatores: Richard Corbett e Íñigo Méndez de Vigo) – *Relatório sobre o Tratado de Lisboa (2007/2286(INI)) (A6-0013/2008) (29.1.2008)*

COMISSÃO EUROPEIA – *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Realização de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os cidadãos europeus. Plano de Acção de aplicação do Programa de Estocolmo (COM (2010) 171 final – Bruxelas, 20.4.2010)*

– *Relatório da Comissão sobre a Subsidiariedade e a Proporcionalidade (18.º relatório sobre Legislar Melhor relativo a 2010) (COM (2011) 344 final – Bruxelas, 10.6.2011)*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE (COM (2011) 573 final – Bruxelas, 20.9.2011)*

– *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Protecção dos interesses financeiros da União Europeia – Luta contra a fraude – Relatório anual de 2010 (COM (2011) 595 final – Bruxelas, 29.9.2011).*

– *C(2013) 4517 final (Bruxelas, 17.7.2013) [correspondência com Parlamentos nacionais]*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Parlamentos nacionais sobre a revisão da proposta de regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia relativamente ao princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo n.º 2 (COM (2013) 851 final – Bruxelas, 27.11.2013)*

– *Relatório da Comissão. Relatório anual 2013 sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (COM (2014) 506 final – Bruxelas, 5.8.2014)*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Programa da UE em matéria de justiça para 2020: reforçar a confiança, a mobilidade e o crescimento da União (COM (2014) 144 final – Estrasburgo, 11.3.2014)*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Como conseguir uma Europa aberta e segura (COM (2014) 154 final – Estrasburgo, 11.3.2014)*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito (COM (2014) 158 final – Estrasburgo, 11.3.2014)*

– *C(2014) 7078 final (Bruxelas, 2.10.2014) [correspondência com Parlamentos nacionais]*

– *C(2014) 7077 final (Bruxelas, 02 X 2014 [sic]) [correspondência com Parlamentos nacionais]*

– *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Parlamentos nacionais sobre a Proposta de Directiva que altera a Directiva relativa ao destacamento de trabalhadores, no que respeita ao princípio da subsidiariedade, em conformidade com o Protocolo n.º 2 (COM (2016) 505 final – Bruxelas, 20.7.2016)*

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA – *Projecto de conclusões do Conselho sobre disposições-tipo destinadas a nortear as deliberações do Conselho no domínio do direito penal (16542/2/09 – Bruxelas, 27.11.2009)*

– *Versão revista do Manual Europeu para a emissão do Mandado de Detenção Europeu* (17195/1/10 – Bruxelas, 17.12.2010)

– *Proposta de regulamento que institui a Procuradoria Europeia – Orientação geral* (5445/17 – Bruxelas, 31.1.2017)

CONSELHO EUROPEU – *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Roma, 14 e 15 de Dezembro de 1990*

– *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa, 26 e 27 de Junho de 1992*

– *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Birmingham, 16 de Outubro de 1992*

– *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Edimburgo, 11 e 12 de Dezembro de 1992 – Abordagem global da aplicação pelo Conselho do princípio da subsidiariedade e do artigo 3.º-B do Tratado da União Europeia*

– *Conclusões do Conselho Europeu de Colónia, 3 e 4 de Junho de 1999 – Anexo IV. Decisão do Conselho Europeu sobre a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

– *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de Outubro de 1999*

– *Conclusões do Conselho Europeu de Laeken, 14 e 15 de Dezembro de 2001 – Anexo I. Declaração de Laeken sobre o futuro da União Europeia*

– *Conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas, 21 e 22 de Junho de 2007*

– *Conclusões do Conselho Europeu, 10 e 11 de Dezembro de 2009*

– *Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos* (2010/C 115/01) (JO L 115, de 4.5.2010)

– *Conclusões do Conselho Europeu, 26 e 27 de Junho de 2014*

CONVENÇÃO EUROPEIA (PRAESIDIUM) – *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais* (JO C 303, de 14.12.2007)

CONVENÇÃO EUROPEIA – GRUPO DE TRABALHO SOBRE O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (GRUPO I) – *Conclusões do Grupo de Trabalho I sobre o Princípio da Subsidiariedade* (CONV 286/02 – Bruxelas, 23.9.2002).

CONVENÇÃO EUROPEIA – GRUPO DE TRABALHO SOBRE OS PARLAMENTOS NACIONAIS (GRUPO IV) – *Relatório final do Grupo de Trabalho sobre os Parlamentos Nacionais (Grupo IV)* (CONV 353/02 – Bruxelas, 22.10.2002)

CONVENÇÃO EUROPEIA – GRUPO DE TRABALHO SOBRE O ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA (GRUPO X) – *Relatório final do Grupo de Trabalho sobre o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (Grupo X)* (CONV 426/02 – Bruxelas, 2.12.2002)

COSAC – *Twenty-fourth Bi-annual Report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*, 4 November 2015

PARLAMENTO EUROPEU – *Resolução sobre o princípio da subsidiariedade, de 12 de Julho de 1990* (JO C 231, de 17.09.1990, p. 163 e ss)

– *Resolução sobre as Conferências Intergovernamentais no âmbito da estratégia do Parlamento Europeu para a União Europeia* (JO C 324, de 24.12.1990, p. 219 e ss.)

– *Resolução sobre o princípio da subsidiariedade, de 22 de Novembro de 1990* (JO C 324, de 24.12.1990, p. 167 e ss.)

– *Resolução sobre os resultados das conferências intergovernamentais, de 7 de Abril de 1992* (JO C 125, de 18.5.1992, p. 81 e ss.)

– *Resolução sobre a adaptação da legislação em vigor ao princípio da subsidiariedade, de 20 de Abril de 1994* (JO C 128, de 9.5.1994)

– *Resolução do Parlamento Europeu sobre as consequências do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005 (C-176/03, Comissão/Conselho) (2006/2007(INI))*

– *Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de Julho de 2007, sobre a convocação da Conferência Intergovernamental (CIG): parecer do Parlamento Europeu (artigo 48.º do Tratado da UE) (11222/2007 - C6-0206/2007 - 2007/0808(CNS))*

– *Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de Maio de 2012, sobre uma abordagem da UE ao direito penal (2010/2310 (INI))*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), de 18 de Dezembro de 2014*

II – PARECERES DOS PARLAMENTOS NACIONAIS [disponíveis in: <http://www.ipex.eu/>]¹⁻²

¹ É possível, através do motor de pesquisa da IPEX (*The platform for EU Interparliamentary Exchange*), e por referência a cada proposta legislativa da (em regra) Comissão dirigida aos PN (COM/.../...), obter uma ficha informativa detalhada. Dessa ficha consta indicação dos contributos dos PN, do diálogo político com a Comissão e das designadas “*reasoned opinions*” (RO); estas últimas vêm destacadas, na ficha, com o símbolo “R”. As RO estão, no IPEX, traduzidas em inglês, mas essa tradução nem sempre existe quanto aos meros contributos (opiniões) ou ao diálogo político com a Comissão. Todavia, sempre que existem RO ou pelo menos um qualquer diálogo político com a Comissão, é possível utilizar um motor de busca disponibilizado por esta última. Este motor de busca permite, através da selecção do EM a que pertence o Parlamento objecto de interesse, obter os documentos que enformam esse diálogo (o contributo do Parlamento e a resposta da Comissão), traduzidos, em regra (nem sempre), em língua inglesa. Cfr., quanto a este último motor de busca: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/

² Obs.: sempre que se trate de uma RO, faz-se referência a “Parecer (RO)”; quando se trate de mero contributo, faz-se constar apenas como “Parecer”.

Pareceres à Proposta de Directiva relativa ao quadro jurídico da União respeitante à legislação aduaneira e respectivas sanções (COM (2013) 884)

Parecer (RO) do *Folketing* dinamarquês

Parecer (RO) do *Riksdag* sueco

Parecer (RO) do *Seimas* lituano

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Directiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado) (COM (2011) 654)

Parecer (RO) do *Bundesrat* alemão

Parecer do *Bundestag* alemão

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Pareceres à Proposta de Directiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (COM (2012) 363)

Parecer (RO) do *Riksdag* sueco

Parecer do *Sénat* checo

Pareceres à Proposta de Directiva que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga, no que diz respeito à definição de droga (COM (2013) 618)

Parecer (RO) da *House of Lords* britânica

Parecer (RO) da *House of Commons* britânica

Parecer da *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa

Pareceres à Proposta de Directiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas (COM (2010) 95)

Parecer do *Nationalrat* austríaco

Parecer do *Bundesrat* austríaco

Parecer do *Sénat* belga

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Parecer das *Cortes Generales* espanholas

Parecer do *Senato* italiano

Parecer da *Camera dei deputati* italiana

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Directiva relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (COM (2010) 94)

Parecer do *Nationalrat* austríaco

Parecer do *Bundesrat* austríaco

Parecer do *Sénat* belga

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Parecer das *Cortes Generales* espanholas

Parecer do *Senato* italiano

Parecer da *Camera dei deputati* italiana

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Directiva relativa a ataques contra os sistemas de informação (COM (2010) 517)

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Parecer das *Cortes Generales* espanholas

Parecer do *Senato* italiano

Parecer da *Camera dei deputati* italiana

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Directiva relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção (COM (2013) 42)

Parecer da *Chambre des représentants* belga

Parecer das *Cortes Generales* espanholas

Parecer do *Sénat* checo

Parecer da *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Directiva relativa à luta contra o terrorismo (COM (2015) 625)

Parecer do *Bundesrat* austríaco

Parecer do *Sénat* checo

Parecer da *House of Representatives* cipriota

Parecer da *Državni zbor* eslovena

Parecer do *Senato* italiano

Parecer do *Senat* romeno

Parecer da *Camera Deputatilor* romena

Parecer da Assembleia da República

Pareceres à Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM (2013) 534)

Parecer (RO) do *Sénat* checo

Parecer (RO) da *Eerste Kamer der Staten-Generaal* holandesa

Parecer (RO) da *Tweede Kamer der Staten-Generaal* holandesa

Parecer (RO) da *House of Representatives* cipriota

Parecer (RO) da *House of Commons* britânica

Parecer (RO) da *House of Lords* britânica

Parecer (RO) do *Országgyűlés* húngaro

Parecer (RO) do *Riksdag* sueco

Parecer (RO) das *Houses of the Oireachtas* irlandesas

Parecer (RO) da *Camera Deputatilor* romena

Parecer (RO) da *Državni zbor* eslovena

Parecer (RO) do *Sénat* francês

Parecer (RO) do *Parlament ta' Malta*

Pareceres (RO) da Assembleia da República³

Parecer (RO) da Assembleia da República à Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 562/2006 para estabelecer regras comuns sobre a reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas em circunstâncias excepcionais

Parecer (RO) da Assembleia da República à Proposta de Regulamento do Conselho relativo ao exercício do direito de acção colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços

Parecer (RO) da Assembleia da República à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e produtos afins

Parecer (RO) da Assembleia da República à Proposta de Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à criação de um mecanismo de intercâmbio de informações sobre acordos intergovernamentais e instrumentos não vinculativos entre Estados-membros e países terceiros no domínio da energia e que revoga a Decisão n.º 994/2012/UE

Parecer da Assembleia da República à Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia

Parecer da Assembleia da República à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços

³ Os pareceres da AR, para além de constarem do *website* da IPEX, podem ainda ser encontrados in: <http://www.parlamento.pt/europa/Paginas/iniciativaseuropeias.aspx>.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

I – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA [disponível in: <http://curia.europa.eu/>]

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Novembro de 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (Processo C-8/55)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (Processo C-15/57)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.* (Processo C-6/64)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Processo C-11/70)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1972, *Ministério Público da República Italiana contra Società agricola industria latte (SAIL)* (Processo C-82/71)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias* (Processo C-4/73)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1976, *Lynne Watson e Alessandro Belmann* (Processo C-118/75)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1977, *Amsterdam Bulb BV contra Produktschap voor Siergewassen* (Processo C-50/76)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1977, *Concetta Sagulo, Gennaro Brenca e Addelmadjid Bakhouché* (Processo C-8/77)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 1978, *Administração das Finanças do Estado contra Sociedade anónima Simmenthal* (Processo C-106/77)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Processo C-120/78)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1979, *SA Buitoni contra Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles* (Processo C-122/78)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Março de 1979, *Procurador da República contra Michelangelo Rivoira e outros* (Processo C-179/78)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1979, *Ministério Público contra Tullio Ratti* (Processo C-148/78)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1979, *Atalanta Amsterdam BV contra Produktschap voor Vee en Vlee* (Processo C-240/78)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1979, *Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz* (Processo C-44/79)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1979, *Regina contra Maurice Donald Henn e John Frederick Ernest Darby* (Processo C-34/79)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1980, *Regina contra Stanislaus Pieck* (Processo C-157/79)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, *Processo penal contra Guerrino Casati* (Processo C-203/80)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 1985, *The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd contra Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)* (Processo C-181/84)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 1986, *Denkavit France SARL contra Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)* (Processo C-266/84)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Março de 1987, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias* (Processo C-45/86)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1987, *Maizena GmbH e outros contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* (Processo C-137/85)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Fevereiro de 1988, *Processo-crime contra Rainer Drexel* (Processo C-299/86)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 1989, *R. Buet e SARL Educational Business Services (EBS) contra Ministère public* (Processo C-382/87)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau* (Processo C-265/87)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica* (Processo C-68/88)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 1989, *Processo-crime contra Lothar Messner* (Processo C-265/88)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 1990, *Oberhausener Kraftfutterwerk Wilhelm Hopermann GmbH contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* (Processo C-357/88)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 1990, *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e o.* (Processo C-213/89)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1990, *Estado belga contra Philipp Brothers SA* (Processo C-155/89)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990, *The Queen contra Minister of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e o.* (Processo C-331/88)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Junho de 1991, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias* (Processo C-300/89)

Acórdão do Tribunal de 4 de Outubro de 1991, *Processo-crime contra Aimé Richardt e Les Accessoires Scientifiques SNC* (Processo C-367/89)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 1991, *Italtrade SpA contra Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA)* (Processo C-199/90)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1992, *República Federal da Alemanha contra Comissão das Comunidades Europeias* (Processo C-240/90)

Acórdão do Tribunal de 24 de Novembro de 1993, *Processo-crime contra Bernard Keck e Daniel Mithouard* (Processo C-267/91)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1994, *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte* (Processo C-382/92)

Acórdão do Tribunal de 23 de Fevereiro de 1995, *Processos penais contra Aldo Bordessa, Vicente Mari Mellado e Concepción Barbero Maestre* (Processos apensos C-358/93 e C-416/93)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman e outros e Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman* (C-415/93)

Acórdão do Tribunal de 29 de Fevereiro de 1996, *Processos penais contra Sofia Skanavi e Konstantin Chryssanthakopoulos* (Processo C-193/94)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 1996, *Processo-crime contra Sandro Gallotti, Roberto Censi, Giuseppe Salmaggi, Salvatore Pasquire, Massimo Zappone, Francesco Segna e.o., Cesare Cervetti, Mario Gasbarri, Isidoro Narducci e Fulvio Smaldone* (Processos apensos C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996, *Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia* (Processo C-84/94)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 1997, *República Federal da Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-233/94)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1998, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha* (Processo C-24/97)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 1998, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia* (Processo C-170/96)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Processos penais contra Maria Amélia Nunes e Evangelina de Matos* (Processo C-186/98)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2000, *Kjell Karlsson e o.* (Processo C-292/97)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2000, *República Federal da Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-376/98)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2001, *H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren e Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* (Processo C-189/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2001, *Reino dos Países Baixos contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-377/98)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Junho de 2002, *Radiosistemi Srl contra Perfetto di Genova* (Processos apensos C-388/00 e C-429/00)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2002, *The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd* (Processo C-491/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha* (Processo C-103/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2004, *The Queen, ex parte: Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd contra Secretary of State for Health* (Processo C-210/03)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2005, *Processos penais contra Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e o.* (Processos apensos C-387/02, C-391/02 e C-403/02)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 2005, *Processo-crime contra Maria Pupino* (Processo C-105/03)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2005, *The Queen, a pedido da Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd contra Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, a pedido da National Association of Health Stores e Health Food*

Manufacturers Ltd contra Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04) (Processos apensos C-154/04 e C-155/04)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia* (Processo C-176/03)

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, *Yassin Abdullah Kadi contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias* (Processo T-315/01)

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias* (Processo T-306/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Setembro de 2006, *Reino de Espanha contra Conselho da União Europeia* (Processo C-310/04)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 2007, *Processos penais contra Massimiliano Placanica (C-338/04), Christian Palazzese (C-359/04) e Angelo Sorricchio (Processo C-360/04)* (Processos apensos C-338/04, C-359/04 e C-360/04)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad* (Processo C-303/05)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2007, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia* (Processo C-440/05)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Junho de 2008, *The Queen, a pedido de International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e outros contra Secretary of State for Transport* (Processo C-308/06)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Setembro de 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias* (Processos apensos C-402/05 P e C-415/05 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2009, *Comissão das Comunidades Europeias contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-411/06)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Dezembro de 2009, *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)* (Processo C-45/08)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 2010, *The Queen, a pedido de Vodafone Ltd e outros contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (Processo C-58/08)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 2010, *Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport* (Processo C-343/09)

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de Setembro de 2010, *Yassin Abdullah Kadi contra Comissão Europeia* (Processo T-85/09)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 2010, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) contra Land Hessen* (Processos apensos C-92/09 e C-93/09)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 2010, *Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis* (Processo C-145/09)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim* (Processo C-61/11 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Dezembro de 2011, *Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne* (Processo C-329/11)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 2012, *Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia* (Processo C-130/10)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2012, *Emeka Nelson e outros contra Deutsche Lufthansa AG (C-581/10) e TUI Travel plc e outros contra Civil Aviation Authority (C-629/10)* (Processos apensos C-581/10 e C-629/10)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Dezembro de 2012, *Processo-crime contra Md Sagor* (Processo C-430/11)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2013, *Sky Österreich GmbH contra Österreichischer Rundfunk* (Processo C-283/11)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Janeiro de 2013, *Ciprian Vasile Radu* (Processo C-396/11)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 2013, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson* (Processo C-617/10)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 2013, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal* (Processo C-399/11)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 2013, *Comissão Europeia e o. contra Yassin Abdullah Kadi* (Processos apensos C-584/10, C-593/10 P e C-595/10 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2013, *Processos penais contra Gjoko Filev e Adnan Osmani* (Processo C-297/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2013, *Herbert Schaible contra Land Baden-Württemberg* (Processo C-101/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources e outros e Kärntner Landesregierung (C-594/12) e outros* (Processos apensos C-293/12 e C-594/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2014, *Comissão Europeia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-43/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Junho de 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi* (Processo C-146/14 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 2015, *Minister for Justice and Equality contra Francis Lanigan* (Processo C-237/15 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2015, *Processo penal contra Ivo Taricco e o.* (Processo C-105/14)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2016, *J. N. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Processo C-601/15 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru* (Processos apensos C-404/15 e C-659/15 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru* (Processos apensos C-404/15 e C-659/15 PPU)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2016, *República da Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* (Processo C-358/14).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 2016, *Sélina Affum contra Préfet du Pas-de-Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Douai* (Processo C-47/15).

II – CONCLUSÕES DOS ADVOGADOS-GERAIS [disponíveis in: <http://curia.europa.eu/>]

Conclusões do Advogado-Geral Francesco Capotorti apresentadas em 30 de Janeiro de 1979 (Processo C-122/78)

Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs apresentadas em 3 de Junho de 1992 (Processo C-240/90)

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger apresentadas em 12 de Março de 1996 (Processo C-84/94)

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger apresentadas em 10 de Dezembro de 1996 (Processo C-233/94)

Conclusões do Advogado-Geral Nial Fennelly apresentadas em 15 de Junho de 2000 (Processo C-376/98)

Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs apresentadas em 14 de Junho de 2001 (Processo C-377/98)

Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed apresentadas em 10 de Setembro de 2002 (Processo C-491/01)

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 10 de Dezembro de 2002 (Processo C-103/01)

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 14 de Outubro de 2004 (Processo C-387/02 e apenso)

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 11 de Novembro de 2004 (Processo C-105/03)

Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed apresentadas em 5 de Abril de 2005 (Processos C-154/04 e C-155/04)

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 26 de Maio de 2005 (Processo C-176/03)

Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák apresentadas em 28 de Junho de 2007 (Processo C-440/05).

Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro apresentadas em 16 de Janeiro de 2008 (Processo C-402/05 P).

Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro apresentadas em 1 de Outubro de 2009 (Processo C-58/08).

Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston apresentadas em 18 de Outubro de 2012 (Processo C-396/11).

Conclusões do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón apresentadas em 12 de Dezembro de 2013 (Processo C-293/12 e C-594/12).

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 30 de Abril de 2015 (Processo C-105/14).

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 23 de Dezembro de 2015 (Processo C-358/14).

Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 3 de Março de 2016 (Processos C-404/15 e C-659/15 PPU).

III – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM [disponível in: <http://curia.europa.eu/>]

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 26 de Março de 1985, *Case of Dudgeon v. The United Kingdom* (Application no. 7525/76)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 26 de Março de 1985, *Case of X and Y v. The Netherlands* (Application no. 8978/80)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 23 de Setembro de 1998, *Case of A. v. The United Kingdom* (Application no. 25599/94)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28 de Outubro de 1998, *Case of Osman v. The United Kingdom* (Application no. 23452/94)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 4 de Dezembro de 2003, *Case of M.C. v. Bulgaria* (Application no. 39272/98)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de Maio de 2004, *Case of Connors v. The United Kingdom* (Application no. 66746/01)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 30 de Novembro de 2004, *Case of Öneriyildiz v. Turkey* (Application no. 48939/99)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 10 de Abril de 2007, *Case of Evans v. The United Kingdom* (Application no. 6339/05)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 4 de Dezembro de 2007, *Case of Dickson v. The United Kingdom* (Application no. 44362/04)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 4 de Dezembro de 2008, *Case of S. And Marper v. The United Kingdom* (Applications nos. 30562/04 and 30566/04)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 17 de Setembro de 2009, *Case of Scoppola v. Italy (No. 2)* (Application no. 10249/03)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 12 de Abril de 2012, *Case of Stübing v. Germany* (Application no. 43547/08)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 18 de Junho de 2013, *Case of Banel v. Lithuania* (Application no. 14326/11)

Concurring opinion of Judge Tulkens, *Case of M.C. v. Bulgaria* (Application no. 39272/98)

Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vučinić, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (Applications nos. 2312/08 and 34179/08)

Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, *Case of Söderman v. Sweden* (Application no. 5786/08)

IV – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NACIONAIS

Acórdãos do Tribunal Constitucional Português [disponíveis in: <http://www.tribunalconstitucional.pt>]

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84 de 19 de Março de 1984 (relator: Conselheiro Costa Aroso)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85 de 29 de Maio de 1985 (relator: Conselheiro Vital Moreira)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91 de 6 de Novembro de 1991 (relator: Conselheiro Sousa e Brito)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 634/93 de 4 de Novembro de 1993 (relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/95 de 21 de Fevereiro de 1995 (relator: Conselheiro Messias Bento)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/95 de 20 de Abril de 1995 (relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 527/95 de 4 de Outubro de 1995 (relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98 de 17 de Abril de 1998 (relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 663/98 de 25 de Novembro de 1998 (relator: Conselheiro Sousa e Brito)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 62/99 de 2 de Fevereiro de 1999 (relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 108/99 de 10 de Fevereiro de 1999 (relator: Conselheiro Messias Bento)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/99 de 9 de Novembro de 1999 (relator: Conselheiro Tavares da Costa)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2002 de 27 de Fevereiro de 2002 (relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 337/2002 de 10 de Julho de 2002 (relator: Conselheiro Bravo Serra)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 295/2003 de 12 de Junho de 2003 (relator: Conselheiro Bravo Serra)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004 de 10 de Março de 2004 (relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/2004 de 23 de Março de 2004 (relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/2004 de 5 de Maio de 2004 (relatora: Conselheira Maria Helena Brito)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005 de 10 de Maio de 2005 (relatora: Conselheira Maria João Antunes)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 170/2006 de 6 de Março de 2006 (relator: Conselheiro Vítor Gomes)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006 de 15 de Novembro de 2006 (relatora: Conselheiro Maria Fernanda Palma)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2007 de 10 de Julho de 2007 (relator: Conselheiro Pamplona de Oliveira)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 522/2007 de 18 de Outubro de 2007 (relator: Conselheiro José Borges Soeiro)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 591/2007 de 5 de Dezembro de 2007 (relator: Conselheiro Mário Torres)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010 de 23 de Fevereiro de 2010 (relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 95/2011 de 16 de Fevereiro de 2011 (relatora: Conselheira Ana Guerra Martins)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012 de 4 de Abril de 2012 (relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015 de 27 de Julho de 2015 (relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral)

Outros Acórdãos

[Alemanha]

BVerfG, Judgment of the First Senate of 11 June 1958 - 1 BvR 596/56, disponível in: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=657> [excerto disponível em inglês] [último acesso: 31.1.2017]

BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 - paras. (1-421), disponível in: http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html [tradução integral para inglês] [último acesso: 31.1.2017]

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008 - 2 BvR 392/07 - Rn. (1-128), disponível in: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080226_2bvr039207.html [último acesso: 31.1.2017]*

**Press Release No. 29/2008 of 13 March 2008*, disponível in: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2008/bvg08-029.html> [último acesso: 31.1.2017]

[Itália]

Corte Costituzionale, Sentenza n.º 393/2006, 23.10.2006, disponível in: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> [último acesso: 31.1.2017]

Corte Costituzionale, Ordinanza n.º 24/2017, 23.11.2016, disponível in: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> [último acesso: 31.1.2017]

[Espanha]

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/2014, de 13 de febrero de 2014, disponível in: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/23814> [último acesso: 31.1.2017]

ANEXOS

ANEXO I¹

A)

Convenção Europeia de Extradução, de 13 de Dezembro de 1957 (ratificada por Portugal em 25 de Janeiro de 1990)

Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 20 de Abril de 1959 (ratificada por Portugal em 27 de Setembro de 1994)

Convenção Europeia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente, de 30 de Novembro de 1964 (ratificada por Portugal em 16 de Novembro de 1994)

Convenção Europeia relativa à Repressão das Infracções Rodoviárias, de 30 de Novembro de 1964

Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, de 28 de Maio de 1970

Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais, de 15 de Maio de 1972

Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, de 27 de Janeiro de 1977 (ratificada por Portugal em 14 de Dezembro de 1981)

Convenção Europeia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, de 21 de Março de 1983 (ratificada por Portugal em 28 de Junho de 1993)

Convenção Europeia relativa à Indemnização de Vítimas de Infracções Violentas, de 24 de Novembro de 1983 (ratificada por Portugal em 13 de Agosto de 2001)

Convenção Europeia relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de 8 de Novembro de 1990 (ratificada por Portugal em 19 de Outubro de 1998)

B)

Convenção sobre a Protecção do Ambiente através do Direito Penal, de 4 de Novembro de 1998

Convenção Penal sobre a Corrupção, de 27 de Janeiro de 1999 (ratificada por Portugal em 7 de Maio de 2002)

Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001 (ratificada por Portugal em 24 de Março de 2010)

¹ Identificação completa dos instrumentos referidos na Parte I, 1.º Capítulo, em conformidade com as remissões constantes das respectivas notas de rodapé. Obs.: outros actos podem estar pontualmente referidos ao longo do texto da dissertação.

Convenção Europeia para a Prevenção do Terrorismo, de 16 de Maio de 2005 (ratificada por Portugal em 19 de Agosto de 2015)

Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, de 16 de Maio de 2005 (ratificada por Portugal em 27 de Fevereiro de 2008)

Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 16 de Maio de 2005 (ratificada por Portugal em 22 de Abril de 2010)

Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração e Abuso Sexual de Crianças, de 25 de Outubro de 2007 (ratificada por Portugal em 23 de Agosto de 2012)

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11 de Maio de 2011 (ratificada por Portugal em 5 de Fevereiro de 2013)

Convenção do Conselho da Europa sobre a Contrafacção de Medicamentos e Crimes Semelhantes que ameaçam a Saúde Pública, de 28 de Outubro de 2011

Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos, de 25 de Março de 2015

C)

Acção Comum de 15 de Julho de 1996 adoptada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à acção contra o racismo e a xenofobia (96/443/JAI) (JO L 185, de 24.7.1996)

Acção Comum de 24 de Fevereiro de 1997 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à acção contra o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças (97/154/JAI) (JO L 063, de 4.3.1997)

Acção Comum de 3 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime (98/699/JAI) (JO L 333, de 9.12.1998)

Acção Comum de 22 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no sector privado (98/742/JAI) (JO L 358, de 31.12.1998)

Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia (98/733/JAI) (JO L 351, de 29.12.1998)

D)

Acto do Conselho de 26 de Julho de 1995 que estabelece a Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (95/C 316/03) (JO C 316, de 27.11.1995)

Acto do Conselho de 29 de Novembro de 1996 que estabelece, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, o Protocolo relativo à interpretação a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (JO C 151, de 20.5.1997)

Acto do Conselho de 19 de Junho de 1997 que estabelece o Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (JO C 221, de 19.7.1997)

Acto do Conselho de 26 de Maio de 1997 que estabelece, com base no n.º 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (JO C 195, de 25.6.1997)

E)

Decisão-quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras (2000/383/JAI) (JO L 140, de 14.6.2000), alterada pela Decisão-quadro do Conselho, de 6 de Dezembro de 2001 (2001/888/JAI) (JO L 329, de 14.12.2001)

Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário (2001/413/JAI) (JO L 149, de 2.6.2001)

Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (2001/500/JAI) (JO L 182, de 5.7.2001)

Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo (2002/475/JAI) (JO L 164, de 22.6.2002), alterada pela Decisão-quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008 (JO L 330, de 9.12.2008)

Decisão-quadro do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (2002/629/JAI) (JO L 203, de 1.8.2002)

Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (2002/946/JAI) (JO L 328, de 5.12.2002)

Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal (JO L 029, de 5.2.2003) (anulada, *vd.* Processo C-176/03)

Decisão-quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado (JO L 192, de 31.7.2003)

Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (JO L 013, de 20.1.2004)

Decisão-quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga (JO L 335, de 11.11.2004)

Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação (JO L 69, de 16.3.2005)

Decisão-quadro 2005/667/JAI do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios (JO L 255, de 30.9.2005) (anulada, *vd.* Processo C-440/05)

Decisão-quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada (JO L 300, de 11.11.2008)

Decisão-quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia (JO L 328, de 6.12.2008)

F)

Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-quadro 2002/629/JAI do Conselho (JO L 101, de 15.4.2011)

Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho (JO L 335, de 17.12.2011)

Directiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Agosto de 2013, relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho (JO L 218, de 14.8.2013)

Directiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado) (JO L 173, de 12.6.2014)

Directiva 2014/62/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção e que substitui a Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho (JO L 151, de 21.5.2014)

Directiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º

648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Directiva 2006/70/CE da Comissão (JO L 141, de 5.6.2015)

§

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (COM (2012) 363 final – Bruxelas, 11.7.2012)

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Decisão-Quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga, no que diz respeito à definição de droga (COM (2013) 618 final – Bruxelas, 17.9.2013)

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o terrorismo e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho relativa à luta contra o terrorismo (COM (2015) 625 final – Bruxelas, 2.12.2015)

§

Directiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal (JO L 280, de 26.10.2010)

Directiva 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à decisão europeia de protecção (JO L 338, de 21.12.2011)

Directiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal (JO L 142, de 1.6.2012)

Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho (JO L 315, de 14.11.2012)

Directiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares (JO L 294, de 6.11.2013)

Directiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal (JO L 130, de 1.5.2014)

Directiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia (JO L 127, de 29.4.2014)

Directiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal (JO L 65, de 11.3.2016)

Directiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, detecção, investigação e repressão das infracções terroristas e da criminalidade grave (JO L 119, de 4.5.2016)

Directiva (UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal (JO L 132, de 21.5.2016)

Directiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus (JO L 297, de 4.11.2016)

§

Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM (2013) 534 final – Bruxelas, 17.7.2013)

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust) (COM (2013) 535 final – Bruxelas, 17.7.2013)

ANEXO II

A incidência negativa: a neutralização da norma penal interna [cont.¹]**1. Processo C-118/75 (reenvio prejudicial): *Watson and Belmann*²; e Processo C-157/79 (reenvio prejudicial): *Regina/Pieck*³**

No Ac. *Watson* está em causa um pedido dirigido ao TJ por um tribunal italiano destinado a obter uma decisão a título prejudicial relativamente à interpretação de certas disposições dos Tratados, entre as quais as relativas à livre circulação de pessoas; no âmbito de um processo penal instaurado contra uma cidadã britânica que se tinha deslocado a Itália por alguns meses e contra o cidadão italiano que a tinha hospedado, por estes não terem cumprido um conjunto de formalidades de comunicação, obrigação cujo incumprimento se encontrava punido, nos termos da lei italiana, com pena de multa e/ou prisão.

O TJ começa por considerar que as autoridades competentes dos EM podem impor aos nacionais de outros EM a obrigação de reportarem a sua presença às respectivas autoridades, sendo que tal obrigação não pode ser considerada, em si mesma, como constituindo uma violação das normas relativas à livre circulação das pessoas.

Todavia, o Tribunal aponta ao juiz nacional directrizes destinadas a orientar a resolução do caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade. Por um lado, considera que a violação do direito europeu pode efectivamente ocorrer em face das formalidades legais especificamente previstas: “[e]specialmente no que respeita ao prazo para efectuar a declaração de chegada dos estrangeiros, as disposições do Tratado só seriam violadas caso esse prazo não fosse fixado dentro de *limites razoáveis*” (§ 18 e 19, destaque nosso). Por outro lado, apreciando o problema da sanção aplicável, considera que “[d]e entre as sanções cominadas para o incumprimento (...), a expulsão das pessoas protegidas pelo direito comunitário seria certamente incompatível com as disposições do Tratado, dado que tal medida constitui a negação do próprio direito

¹ Escreveu-se *supra* na Parte I, 3.º Capítulo, ponto 1: “Obs.: na medida em que se trata de tema já algo desenvolvido pela doutrina, e de modo a não onerar demasiado a presente exposição, remete-se o leitor para a sistematização dos Acórdãos que consta do Anexo II”.

² AcTJ, 7.7.1976, *Watson and Belmann* (C-118/75).

³ AcTJ, 3.7.1980, *Regina/Pieck* (C-157/79).

atribuído e garantido pelo Tratado” (§ 20); e que “[q]uanto às restantes sanções tais como a multa e a prisão, se as autoridades nacionais têm a faculdade (...) [de aplicar sanções], não se justifica, no entanto cominar uma sanção de tal forma desproporcionada à gravidade da infracção que se transformaria num entrave à livre circulação” (§ 21).

Note-se, com interesse, que enquanto a sanção de expulsão é considerada pelo Tribunal como desconforme *tout court* com o direito europeu, a multa e a prisão já devem passar o crivo da proporcionalidade. De todo o modo, o TJ admite, como primeira hipótese também a ponderar pelo juiz nacional, a possível *desproporcionalidade* da própria norma de conduta: tudo dependerá das formalidades exigidas ao cidadão (por exemplo, ao nível do prazo previsto para a declaração).

Já no caso *Pieck*, cabendo ao Tribunal responder à questão de saber se um nacional de um EM que não cumpre certas formalidades relacionadas com a autorização de residência pode ser condenado nesse Estado a penas privativas de liberdade ou de expulsão (terceira questão prejudicial, § 15 e ss., *especificamente* sobre a proporcionalidade da sanção), o Tribunal reitera os termos de *Watson* quanto à desconformidade com o direito comunitário da sanção de expulsão. E mais declara, desta feita expressamente, que a prisão nunca é, nesses casos, sanção proporcionada: “[as autoridades nacionais] não estão legitimadas a impor uma sanção tão desproporcionada em relação à gravidade da infracção que se torne num obstáculo à livre circulação de pessoas. Será esse especialmente o caso se essa sanção incluir a pena de prisão” (§ 19).

2. Processo C-265/88 (reenvio prejudicial): *Messner*⁴

O Ac. *Messner*, tributário de *Watson*, convoca um idêntico problema: está também em causa um pedido dirigido ao TJ por um tribunal italiano destinado a obter uma decisão prejudicial sobre a interpretação de preceitos do Tratado relativos à livre circulação de pessoas. Trata-se de saber, no âmbito de um processo penal, se o facto de um EM (no caso, Itália) impor aos nacionais dos outros EM (no caso, alemães), a obrigação – com cominação de uma sanção penal em caso de incumprimento – de

⁴ AcTJ, 12.12.1989, *Messner* (C-265/88).

efectuarem uma declaração de estada nos *três dias subsequentes* à sua entrada no território, é compatível com o direito comunitário.

O TJ, referindo a sua jurisprudência anterior, reitera que as autoridades dos EM podem impor aos nacionais dos outros EM a obrigação de assinalarem a sua presença, não podendo essa obrigação, em si mesma, ser considerada como violação das regras relativas à livre circulação de pessoas. No entanto, salienta que a violação *pode ocorrer* “quando o prazo imposto para a declaração de estada dos estrangeiros não é razoável ou quando as sanções cominadas para o incumprimento dessa obrigação são desproporcionadas à gravidade da infracção” (§ 9).

O Tribunal conclui que o prazo de *três dias* se mostra excessivamente restritivo, que não se mostra indispensável para preservar o interesse do Estado de acolhimento de obter um conhecimento dos movimentos da população no seu território, e que nada permite supor que esse interesse ficaria comprometido em caso de concessão de um prazo mais dilatado (o que, como o Tribunal indica, é confirmado pelo facto de a maior parte dos EM concederem prazos sensivelmente mais longos) (§ 10 a 12).

Mais: o Tribunal aprecia, brevemente, a questão da conformidade da sanção, considerando que “nenhuma sanção é admissível quando o prazo imposto para efectuar a declaração de estada não é razoável”; e que, de qualquer forma, e independente daquela particularidade, seria sempre “injustificado prever uma sanção desproporcionada que criaria um entrave à livre circulação dos trabalhadores”, como é “nomeadamente, o caso de uma pena de prisão” (§ 13 e 14). De todo o modo, a brevidade da pronúncia, quanto a este ponto específico, parece-nos justificada pelo facto de o Tribunal já se ter pronunciado pela *desproporcionalidade* da norma de conduta.

3. Processo C-193/94 (reenvio prejudicial): *Skanavi e Chryssanthakopoulos*⁵

Outro Acórdão interessante, ainda em matéria de livre circulação de pessoas, é o Ac. *Skanavi*. O TJ pronuncia-se a título prejudicial, a pedido de um tribunal alemão, sobre a interpretação de certas disposições do Tratado, por forma a possibilitar a análise de conformidade de determinadas normas alemãs. Isto no âmbito de uma acção penal movida contra dois cidadãos gregos residentes na Alemanha: S. Skanavi vinha acusada

⁵ AcTJ, 29.2.1996, *Skanavi e Chryssanthakopoulos* (C-193/94).

por conduzir sem carta de condução alemã (circulando com a correspondente grega) e K. Chryssanthakopoulos por, na qualidade de proprietário de um veículo, ter autorizado ou ordenado uma pessoa a conduzi-lo sem carta; em ambos os casos, a pena aplicável, nos termos da lei alemã, era a de prisão até um ano ou a de multa em caso de negligência.

O Tribunal começa por considerar, em resposta à primeira questão prejudicial, que o Tratado não se opõe a que um EM exija a troca da carta de condução emitida por outro EM (no caso, a troca da carta grega por carta alemã) no prazo de um ano a contar da fixação da residência habitual no território desse Estado (§ 28); mais considerando que os EM “continuam a ser competentes para punir a violação de tal obrigação”, que caracteriza como tendo uma dimensão meramente administrativa (§ 34 a 36).

O Tribunal entende todavia que “resulta de jurisprudência constante relativa à inobservância das formalidades exigidas para a declaração do direito de residência (...) que os Estados-Membros não podem prever uma sanção desproporcionada que crie um entrave à livre circulação de pessoas, e que é especialmente esse o caso de uma pena de prisão” (§ 36). Mais: para o juiz da União, “a equiparação da pessoa que não procedeu à troca da carta de condução à pessoa que conduz sem carta, o que implica a aplicação de sanções penais, mesmo de natureza pecuniária, como as que estão previstas na legislação nacional em causa, seria igualmente desproporcionada relativamente à gravidade da infracção, atendendo às consequências que daí resultam” (§ 37). A tónica é aqui colocada na *consequência* da condenação *penal*: “uma condenação penal poderia ter consequências para o exercício de uma profissão independente ou assalariada, designadamente para o acesso a certas actividades ou funções, o que constituiria uma restrição adicional e duradoura à liberdade de circulação das pessoas” (§ 38)⁶.

4. Processo C-388/00 e apenso (reenvio prejudicial): *Radiosistemi*⁷

No âmbito do Ac. *Radiosistemi*, no domínio da livre circulação de bens, está em causa um pedido de decisão prejudicial dirigido ao TJ por um tribunal italiano, que designadamente questiona a compatibilidade do art. 399.º do *Codice Postale* italiano

⁶ Para uma análise mais aprofundada do Ac. *Skanavi* e das suas implicações, P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 472 e 475.

⁷ AcTJ, 20.6.2002, *Radiosistemi* (C-388/00 e apenso). Neste domínio, ainda o AcTJ, 28.3.1979, *Rivoira* (C-179/78).

com o princípio da proporcionalidade; aquele art. 399.º previa sanções (no caso, “coima administrativa” e confisco) em caso de violação do disposto no seu art. 398.º, que por sua vez estabelecia normas relativas à prevenção e à eliminação das perturbações nas transmissões e nas recepções de rádio, incluindo um sistema *nacional* de homologação dos sistemas de equipamentos de rádio.

O TJ começa por deixar claro que nos termos do art. 28.º do TCE são proibidas, entre os EM, as restrições quantitativas à importação e medidas de efeito equivalente, mas sublinha os casos justificativos expressamente previstos no art. 30.º ou fundados nas “exigências imperativas reconhecidas pela jurisprudência”, na esteira do caso *Cassis de Dijon*⁸. No entanto, adverte que, em qualquer dos casos, “uma regulamentação nacional que derogue o artigo 28.º CE só pode ser justificada se for *necessária* para assegurar o objectivo autorizado e se este não puder ser alcançado por *meios menos restritivos* da livre circulação das mercadorias no interior da Comunidade” (destaque nosso).

O Tribunal, embora considerando que a homologação nacional dos equipamentos de rádio pode ser justificada por considerações de segurança pública ou por exigências imperativas relativas ao bom funcionamento da rede pública de telecomunicações, assinala todavia que: a) os equipamentos em causa nos autos estão em conformidade com as regras nacionais no EM de importação; b) a regulamentação nacional italiana apenas permite ao operador económico demonstrar a conformidade desses equipamentos através do procedimento de aposição da marcação de homologação *nacional*. Ora, segundo o Tribunal, e justificando assim a desconformidade da medida com o princípio da proporcionalidade, “essa exigência não é manifestamente proporcionada ao objectivo preconizado, devido ao facto de não permitir ao operador económico demonstrar *de modo menos oneroso* a conformidade dos referidos equipamentos com as condições nacionais e na medida em que repete controlos que foram já efectuados noutro Estado-Membro” (§ 45, destaque nosso).

Cabendo ainda ao juiz comunitário apreciar a proporcionalidade das sanções previstas, uma vez que tal questão lhe foi diretamente dirigida, conclui (cfr. § 74 a 80) que “quando uma regulamentação nacional for reconhecida contrária ao direito comunitário, aplicar coimas ou outras medidas coercivas por uma contravenção a essa regulamentação é também incompatível com o direito comunitário”. E isto sem que seja

⁸ AcTJ, 20.2.1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwei* (C-120/78).

sequer necessário indagar especificamente sobre a concreta proporcionalidade dessas sanções: o problema de desconformidade é situado ao nível da norma de conduta.

5. Processo C-367/89 (reenvio prejudicial): *Richardt*⁹

No Ac. *Richardt*, estando em causa um pedido de decisão prejudicial apresentado por um tribunal luxemburguês, o TJ declara que a legislação comunitária em causa nos autos deve ser interpretada no sentido de que “não obsta à regulamentação de um Estado-Membro que exige, por razões de segurança externa, a obtenção de uma autorização especial para o trânsito pelo seu território de mercadorias qualificadas como material estratégico, independentemente do documento de trânsito comunitário emitido por outro Estado-Membro” (cfr. fundamentação, em especial, de § 18 e ss.). Todavia, o Tribunal entendeu apreciar concretamente a proporcionalidade da medida de *apreensão e posterior declaração de perda da mercadoria a favor do Estado*, nos seguintes termos:

“24. Relativamente às sanções previstas para o incumprimento da obrigação de obtenção dessa autorização, deve declarar-se (...) que uma medida de apreensão ou de perda a favor do Estado pode considerar-se desproporcionada relativamente ao fim prosseguido e, por isso, incompatível com o artigo 36.º do Tratado, na medida em que a imposição de retorno da mercadoria ao Estado-membro de proveniência poderia ser suficiente”.

6. Processo C-338/04 e apenso (reenvio prejudicial): *Placanica*¹⁰

No caso *Placanica*, o juiz da União pronuncia-se igualmente sobre a interpretação de disposições relevantes do TCE, tendo por contraponto legislação italiana no domínio dos jogos de fortuna e azar, para cuja inobservância estavam cominadas “sanções penais que podem chegar a uma pena de prisão até três anos” – está em causa, desta vez, o direito de estabelecimento e a livre prestação de serviços.

⁹ AcTJ, 4.10.1991, *Richardt* (C-367/89).

¹⁰ AcTJ, 6.3.2007, *Placanica* (C-338/04 e apensos).

Refere designadamente o Tribunal: “os artigos 43.º CE e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que excluiu e que, ademais, continua a excluir do sector dos jogos de fortuna e azar os operadores constituídos sob a forma de sociedades de capitais com acções cotadas nos mercados regulamentados” (§ 64); “esta exclusão total *excede o necessário* para atingir o objectivo que visa evitar que os operadores activos no sector dos jogos de fortuna e azar estejam implicados em actividades criminosas ou fraudulentas”, já que “*existem outros meios* para controlar as contas e as actividades dos operadores (...) que são *menos restritivos* para a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, tal como o que consiste em recolher informações acerca dos seus representantes ou dos seus accionistas principais” (§ 62) (destaques nossos).

Mais considera o Tribunal, em concreto sobre as sanções penais, que “os artigos 43.º CE e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que aplica uma sanção penal a pessoas como os arguidos nos processos principais por terem exercido uma actividade organizada de recolha de apostas sem a concessão ou a autorização de polícia exigidas pela legislação nacional, quando estas pessoas não puderam obter estas concessões ou autorizações devido à recusa deste Estado-Membro, em violação do direito comunitário, de lhas conceder” (§ 71).

7. Processo C-358/93 e apenso (reenvio prejudicial): *Bordessa*¹¹

No Ac. *Bordessa*, está em causa um pedido de decisão prejudicial apresentado no contexto de processos penais instaurados por infracção à norma espanhola que fazia depender a exportação de moedas, notas de banco ou cheques ao portador de uma declaração ou autorização prévia (sujeitando o seu incumprimento a “sanções penais que podem incluir a privação da liberdade”) – um caso, portanto, de eventual conflito da lei interna com a liberdade de circulação de capitais.

O TJ considera, entre o mais (cfr. § 16 e ss.), que seria ainda admissível aos EM preverem processos de declaração dos movimentos de capitais, tendo em vista

¹¹ AcTJ, 23.2.1995, *Bordessa e o.* (C-358/93 e apenso).

designadamente “a eficácia dos controlos fiscais e a luta contra actividades ilícitas, tais como a fraude fiscal, o branqueamento de dinheiro, o tráfico de estupefacientes e o terrorismo” (fim legítimo). Todavia, uma vez que “a autorização tem efeito suspensivo da exportação de divisas e fá-la depender, caso a caso, da aprovação da administração”, “[t]al exigência conduziria a fazer depender o exercício da livre circulação de capitais da discricionariedade da administração e seria susceptível, por este facto, de tornar esta liberdade ilusória”. Diversamente, “uma declaração prévia pode constituir uma medida *indispensável* que os Estados-membros estão autorizados a tomar uma vez que, contrariamente à autorização prévia, tal declaração não suspende a operação em causa e permite *mesmo assim* que as autoridades nacionais efectuem um controlo efectivo para impedir as infracções às suas leis e regulamentos” (destaque nosso).

8. Processo C-24/97 (acção de incumprimento): *Comissão/Alemanha*¹².

Os Acórdãos *supra* analisados foram todos proferidos no âmbito do reenvio prejudicial. Todavia, pode referir-se exemplo de uma decisão proferida no âmbito de uma acção de declaração de incumprimento: o Ac. *Comissão/Alemanha*.

Trata-se de uma acção de incumprimento intentada contra a Alemanha no âmbito da qual o princípio da proporcionalidade é invocado numa análise que envolve o princípio da proibição de discriminação¹³; o caso convoca uma norma que releva do domínio sancionatório administrativo. Note-se que, em acções desta natureza (de declaração de incumprimento), é ao TJ que compete determinar conclusivamente se a lei ou prática nacional infringe o direito europeu à luz do princípio da proporcionalidade¹⁴.

¹² AcTJ, 30.4.1998, *Comissão/Alemanha* (C-24/97).

¹³ Veja-se também, para uma combinação de ambos os princípios, o AcTJ, 25.2.1988, *Drexel* (C-299/86), em especial § 18 e 25. Todavia, em *Henn and Derby* (AcTJ, 14.12.1979, *Henn e Derby* (C-34/79)), a solução foi diferente. No âmbito de uma questão prejudicial suscitada no contexto de um processo crime relacionado com a importação (proibida) de material pornográfico, o Tribunal, reconhecendo a existência de uma restrição à importação, considerou-se justificada “*on grounds of public morality*” (“*it is for each Member State to determine in accordance with its own scale of values and in the form selected by it the requirements of public morality in its territory*”). E mais considerou não existir violação do princípio da não discriminação, na medida da inexistência de comércio legítimo desses artigos no interior do território. Veja-se P. CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e...*, p. 475 e ss., para uma análise deste caso na óptica da “incidência sobre as regras de aplicabilidade” da lei penal.

¹⁴ Cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, p. 238.

Cabendo apreciar as normas alemãs que sancionavam a falha na apresentação de documento válido de autorização de residência, o Tribunal começa por deixar assente que “o direito comunitário não se opõe a que um Estado-Membro efectue controlos quanto ao respeito da obrigação de estar sempre em condições de apresentar uma autorização de residência, desde que imponha a mesma obrigação aos seus próprios nacionais no que respeita ao seu bilhete de identidade” (§ 13). Mais adiantando, na esteira de *Messner*, que “as autoridades nacionais podem decerto aplicar sanções comparáveis às que se aplicam a infracções nacionais de menor importância, como as previstas em caso de não ser portador de um documento de identificação, desde que não seja prevista uma sanção *desproporcionada*, que criaria um entrave à livre circulação dos trabalhadores” (§ 14). Assim, e procedendo à comparação entre as sanções previstas para os cidadãos nacionais (relativamente ao documento de identificação) e as previstas para os cidadãos estrangeiros (relativamente ao documento de autorização de residência), o Tribunal conclui:

“15. Atendendo ao que precede, verifica-se que, ao reservar aos nacionais dos outros Estados-Membros que residam no território alemão um tratamento *desmesuradamente diferente*, no que diz respeito ao grau de culpabilidade e às coimas aplicáveis, do que aplica aos seus próprios nacionais quando estes infringem de modo comparável a obrigação de terem em sua posse um documento de identificação válido, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem (...)” (destaque nosso).

ANEXO III

A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o princípio da subsidiariedade: *leading cases* [cont.¹]

1. Processo C-84/94 (recurso de anulação): *Reino Unido/Conselho*²

Neste caso, o Reino Unido pede a anulação de uma directiva relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, invocando para tanto a incorrecção da base jurídica, a violação do princípio da proporcionalidade, desvio de poder e a violação de formalidades essenciais.

No contexto do argumento relativo à incorrecção da base jurídica, o Reino Unido alega que o legislador comunitário não efectuou as necessárias demonstrações quanto à observância do princípio da subsidiariedade. Todavia, precisa não invocar a violação do princípio da subsidiariedade como fundamento autónomo. O Tribunal, não obstante aquela ressalva, aprecia o fundamento da subsidiariedade nos seguintes termos:

“47. A este respeito, importa sublinhar que o artigo 118.º-A encarrega o Conselho de adoptar prescrições mínimas para contribuir, através da harmonização, para a realização do objectivo de melhoria do nível de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores que, nos termos do n.º 1 da mesma disposição, incumbem em primeiro lugar aos Estados-Membros. Tendo o Conselho verificado a necessidade de melhorar o nível existente da protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores e de harmonizar, no progresso [sic], as condições existentes neste domínio, *a realização desse objectivo através de prescrições mínimas implica necessariamente uma acção de envergadura comunitária* que, de resto, como no caso em apreço, deixa em grande medida aos Estados-Membros a incumbência de adoptar as modalidades de aplicação necessária” (destaque nosso).

No contexto da argumentação atinente à violação do princípio da proporcionalidade, o Reino Unido alega que se impõe o respeito pelo princípio da

¹ Escreveu-se *supra* na Parte II, 3.º Capítulo, ponto 4: “tratando-se de matéria algo alheia ao domínio penal, optamos por remeter o leitor, quanto à sistematização desses Acórdãos, para o Anexo III: nele consta uma recensão de todas as referidas decisões, com enunciação de algumas notas críticas”.

² AcTJ, 12.11.1996, *Reino Unido/Conselho* (C-84/94). Cfr. ainda as Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 12.3.1996.

subsidiariedade para que uma medida possa ser considerada proporcionada. Considera não ter sido feita prova, no caso concreto, que os objectivos prosseguidos pela directiva seriam mais facilmente atingidos a nível comunitário do que por uma acção ao nível dos EM³. O Tribunal, em resposta a este argumento (cfr. § 55), limita-se a remeter para o *supra* citado § 47.

Finalmente, no que se refere ao argumento da violação de formalidades essenciais, tendo o Reino Unido alegado que a directiva estava insuficientemente fundamentada designadamente no referente à justificação da *necessidade* da acção comunitária, entende o Tribunal nos seguintes termos:

“81. (...) resulta dos considerandos da directiva que o Conselho julgou necessário, para garantir um melhor nível de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, proceder à harmonização das legislações nacionais relativas à organização do tempo de trabalho. Ora, como se conclui do n.º 47, a prossecução de tal objectivo, inscrito no próprio artigo 118.º-A, por via de harmonização através de prescrições mínimas, implica necessariamente uma acção de envergadura comunitária”.

Conforme se constata dos excertos da fundamentação citados, a argumentação do Tribunal reconduz-se, no essencial, ao enunciado no citado § 47. O argumento central do Tribunal contido nesse ponto poderá considerar-se como circular ou recursivo: a acção comunitária traduzida na harmonização legislativa justifica-se por si mesma, uma vez que a harmonização implica necessariamente uma acção ao nível centralizado. O argumento circular é também posto em evidência pelas palavras do § 129 das Conclusões do AG: “seria ilusório esperar unicamente dos Estados-Membros a realização da harmonização esperada, uma vez que esta implica necessariamente uma acção de envergadura supranacional”.

³ Segundo o AG P. Léger, “o recorrente criou uma certa confusão ao ter regularmente invocado durante o processo o princípio da subsidiariedade – sem no entanto o invocar enquanto fundamento de anulação –, parecendo equipará-lo ao da proporcionalidade” (§ 124). A análise do AG, a respeito da observância do princípio da subsidiariedade, num sentido próximo àquele que foi sufragado pelo Tribunal, consta de § 127 a 132.

2. Processo C-233/94 (recurso de anulação): *Alemanha/Parlamento e Conselho*⁴

No âmbito do caso que deu origem a este Acórdão, a República Federal da Alemanha pede a anulação de uma directiva relativa aos sistemas de garantia de depósitos, invocando para tanto a insuficiência da base jurídica e a falta de fundamentação do acto. Segundo consta da decisão, a recorrente alegara especificamente que “as instituições comunitárias devem precisar de modo pormenorizado as razões pelas quais a Comunidade é a única competente para atingir no domínio em causa, com exclusão dos Estados-Membros”, mais invocando que “a directiva não indica em que medida esses objectivos não poderiam ser suficientemente atingidos por uma acção realizada ao nível dos Estados-Membros nem os fundamentos que justificam uma acção da Comunidade”. Ou seja, o argumento da subsidiariedade é suscitado numa perspectiva *procedimental*.

O Tribunal, depois de especificar não estar em causa apreciar a validade da directiva à luz do princípio da subsidiariedade, mas apenas um problema de fundamentação do acto, considera:

“25. Quanto à obrigação de fundamentação, consagrada no artigo 190.º do Tratado, há que salientar que ela impõe que todos os actos abrangidos contenham uma exposição das razões que levaram a instituição a adoptá-los, de modo que o Tribunal de Justiça possa exercer a sua fiscalização e que tanto os Estados-Membros como os nacionais interessados conheçam as condições em que as instituições comunitárias aplicaram o Tratado (...).

28. *Resulta destas considerações que, de qualquer modo, o Parlamento e o Conselho especificaram as razões pelas quais consideravam que a sua acção estava em conformidade com o princípio da subsidiariedade e, portanto, cumpriram a obrigação de fundamentação, tal como está enunciada no artigo 190.º do Tratado. A este respeito, não podia ser exigido que esse princípio fosse expressamente mencionado*” (destaque nosso).

Note-se que a opinião do AG P. Léger é diversa, mas apenas quanto aos seus fundamentos⁵. Em sua opinião, a Comunidade actuava, no domínio da directiva, no

⁴ AcTJ, 13.5.1997, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-233/94). *Vd.* ainda Conclusões do AG P. Léger apresentadas em 10.12.1996.

âmbito de atribuições exclusivas, de modo que as autoridades comunitárias não eram obrigadas a justificar que as condições impostas pelo art. 3.º-B estavam preenchidas.

Sem prejuízo da tese da inaplicabilidade *in casu* do princípio da subsidiariedade, o AG considera, ainda assim, ser “útil referir ao Tribunal de Justiça o interesse que pode haver (...), no objectivo de uma justa aplicação do princípio da subsidiariedade, em fazer uma aplicação particularmente exigente da obrigação de fundamentação prevista pelo artigo 190.º do Tratado, sempre que o legislador comunitário intervenha para adoptar novas normas”.

Sublinhando o princípio da subsidiariedade enquanto “princípio geral do direito comunitário”, relembrando os termos do Acordo Interinstitucional, e em particular o compromisso assumido pelas instituições de justificar o seu cumprimento, e mais assinalando a necessidade de o Tribunal exercer a fiscalização das condições em que as instituições fazem a aplicação do Tratado, o AG conclui nos seguintes termos: “não parece excessivo (...) esperar dessas instituições que futuramente fundamentem sistematicamente as suas decisões em relação ao princípio da subsidiariedade”; “[c]ada um dos actos adoptados pela Comunidade deverá, assim, comportar, tácita ou expressamente, mas de modo claro, uma justificação sobre o fundamento da intervenção da autoridade competente, mesmo que apenas se trate de dizer, eventualmente, que não há que aplicar a subsidiariedade” (por se tratar, por exemplo, de uma competência exclusiva).

Todavia, o AG não propõe solução diferente para o caso, não só em virtude da sua posição quanto à inaplicabilidade do princípio, mas por considerar que a directiva estava correctamente fundamentada na lógica da tese do Acórdão analisado anteriormente (Processo C-84/94), ou seja, na lógica do argumento circular⁶.

Embora o Tribunal não tenha distinguido entre a obrigação geral de fundamentação e a obrigação de fundamentação específica da subsidiariedade, essa obrigação de fundamentação específica viria a resultar dos pontos 4 e 5 do superveniente Protocolo de Amesterdão (em boa verdade, já constava das directrizes de Edimburgo e do Acordo Interinstitucional, este último invocado pelo AG).

Sem prejuízo do exposto, embora possa recusar-se força explicativa a esse Acórdão, pré-Amesterdão e pré-Protocolo(s), na vigência de um quadro legislativo mais

⁵ Cfr. em particular § 69 a 90 das suas Conclusões.

⁶ “83. De resto, é lógico que a harmonização seja realizada através de uma norma comum aos diferentes Estados. Como o Tribunal de Justiça já declarou num caso recente [Processo C-84/94], esse objectivo pressupõe necessariamente ‘uma acção de envergadura comunitária’”.

exigente, aquele que hoje resulta do Tratado de Lisboa, o certo é que a Comissão continua a confiar na validade desta jurisprudência.

Com efeito, a Comissão, na resposta que dirigiu aos Parlamentos nacionais no âmbito do controlo da subsidiariedade da proposta de criação de uma Procuradoria Europeia⁷, recuperou a referida jurisprudência do Tribunal. Ao reagir às objecções dos Parlamentos nacionais no caso do “cartão amarelo” ao projecto de criação da Procuradoria, em particular às críticas sobre a alegada insuficiência da fundamentação da proposta, a Comissão, apelando para este Acórdão, refere que “o Tribunal admitiu que uma fundamentação implícita e bastante limitada poderia ser suficiente para justificar o respeito do princípio da subsidiariedade”.

Por outro lado, mesmo já na vigência do Tratado de Lisboa, o TJUE ainda presta tributo a essa jurisprudência⁸.

3. Processo C-377/98 (recurso de anulação): *Países Baixos/Parlamento e Conselho*⁹

Os Países Baixos pedem a anulação de uma directiva relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, invocando seis fundamentos: erro na base jurídica e violação do princípio da subsidiariedade, do princípio da segurança jurídica, de obrigações de direito internacional, do direito fundamental do respeito pela dignidade da pessoa humana, bem como violação de formalidades essenciais.

Relativamente ao fundamento assente em violação do princípio da subsidiariedade, conclui o Tribunal (no mesmo sentido, aliás, das Conclusões do AG F. G. Jacobs¹⁰):

“31. Importa recordar que, nos termos do artigo 3.º-B, segundo parágrafo, do Tratado, a Comunidade intervém apenas, nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, se e na medida em que os objectivos da acção visada não

⁷ COM (2013) 851 final – 27.11.2013.

⁸ Cfr. o AcTJ, 4.5.2016, *Polónia/Parlamento e Conselho* (C-358/14) e as Conclusões da AG J. Kokott nesse processo.

⁹ AcTJ, 9.10.2001, *Países Baixos/Parlamento e Conselho* (C-377/98). *Vd.* ainda Conclusões do AG F. G. Jacobs apresentadas em 14.6.2001. É interessante notar que, como se lê no § 4 do Ac., o recorrente actuava a pedido do PN.

¹⁰ Cfr. § 77 a 84 das respectivas Conclusões.

possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

32. O objectivo visado pela directiva, que consiste na necessidade de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, prevenindo, ou mesmo eliminando, as divergências entre as leis e práticas dos diferentes Estados-Membros no domínio da protecção das invenções biotecnológicas, não poderia ser atingido por uma acção desenvolvida pelos Estados-Membros. Tendo o âmbito desta protecção efeitos imediatos no comércio e, consequentemente, sobre o comércio intercomunitário, fica patente que o objectivo em questão pode, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançado ao nível comunitário.

33. A justificação do cumprimento do princípio da subsidiariedade é dada *implícita mas necessariamente* pelos considerandos 5, 6 e 7 da directiva que constataam que, na ausência de uma intervenção comunitária, a evolução das legislações e práticas nacionais podem criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno. A directiva parece, assim, suficientemente fundamentada sobre este aspecto” (destaque nosso).

O TJ adopta aqui também, segundo nos parece, o apontado critério ou argumento circular, sendo além disso pouco exigente quanto ao nível de fundamentação que exige das instituições europeias. Com efeito, considera suficientes as justificações *implícitas* constantes de três considerandos da directiva. Ora, se se atentar nos referidos três considerandos da directiva em causa facilmente se constata que estes se limitavam a referir, muito genericamente, as divergências entre as legislações dos EM e a sublinhar, também genericamente, a *susceptibilidade* de tal constituir um entrave ao comércio¹¹.

4. Processo C-491/01 (reenvio prejudicial): BAT¹²

¹¹ Citem-se os referidos três considerandos da directiva (Directiva 98/44/CE): “(5) Considerando que existem divergências ao nível da protecção das invenções biotecnológicas entre as leis e práticas dos diferentes Estados-membros; que tais disparidades são susceptíveis de criar entraves ao comércio e obstar desse modo ao funcionamento do mercado interno; (6) Considerando que tais divergências podem vir a acentuar-se à medida que os Estados-membros forem adoptando novas leis e práticas administrativas diferentes ou que as interpretações jurisprudenciais nacionais se forem desenvolvendo de forma distinta; (7) Considerando que a evolução heterogénea das legislações nacionais relativas à protecção jurídica das invenções biotecnológicas na Comunidade pode desencorajar ainda mais o comércio, em detrimento do desenvolvimento industrial das invenções e do bom funcionamento do mercado interno”.

¹² AcTJ, 10.12.2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01). Cfr. ainda as Conclusões do AG L. A. Geelhoed apresentadas em 10.9.2002.

O presente Acórdão, também conhecido por *Ac. BAT (British American Tobacco)*, tem por objecto um pedido dirigido ao TJ destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a validade e a interpretação de uma directiva relativa à aproximação das disposições no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos de tabaco. Concretamente, as questões submetidas ao Tribunal são as seguintes: correcção da base jurídica, violação do princípio da proporcionalidade¹³, do direito fundamental de propriedade, do dever de fundamentação e do princípio da subsidiariedade, e ocorrência de desvio de poder.

Relativamente à violação do dever de fundamentação, a questão foi suscitada pelos intervenientes processuais à luz do dever geral de fundamentação previsto no então art. 253.º do TCE, não tendo sido invocado, pelo que a decisão deixa compreender, o específico problema da fundamentação da subsidiariedade. Todavia, o Governo luxemburguês argumenta que a directiva padece de falta de fundamentação pela circunstância de os seus considerandos se limitarem a repetir a referência ao “bom funcionamento do mercado interno”, sem precisarem a razão pela qual este ficaria comprometido sem a adopção da directiva.

O Tribunal não aprecia essa dimensão da fundamentação, ou seja, não aborda o problema da *específica* exigência de fundamentação da subsidiariedade¹⁴:

“167. Ora, quanto à directiva, há que observar que os seus considerandos revelam claramente que as medidas que institui visam, aproximando as regras aplicáveis na matéria, eliminar os obstáculos resultantes das divergências que, apesar das medidas de harmonização já adoptadas, subsistem ainda entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e que obstem ao funcionamento do mercado interno” (*vide* ainda os pontos 168 e 169, com a especificação dos considerandos da directiva).

Relativamente à questão de saber se a directiva em causa viola substancialmente o princípio da subsidiariedade, os demandantes alegavam que o legislador não havia considerado o princípio da subsidiariedade, já que, se o tivesse feito, teria concluído que a directiva não era necessária; mais invocavam não ter sido feita prova da

¹³ Cfr. autonomamente sobre a proporcionalidade, § 122 a 141.

¹⁴ *Vd.* § 158 a 172. O AG também não se ocupou da questão – § 280 a 284 das respectivas Conclusões.

impossibilidade de os EM adoptarem, por si, as medidas de protecção da saúde pública necessárias (critério da *insuficiência*).

O Tribunal considera os argumentos dos demandantes improcedentes. Após enquadrar brevemente o princípio da subsidiariedade à luz do Tratado, conclui nos seguintes termos (próximos do defendido pelo AG L. A. Geelhoed, mas em termos mais desenvolvidos¹⁵):

“180. Quanto à questão de saber se a directiva foi adoptada em conformidade com o princípio da subsidiariedade, há que analisar, em primeiro lugar, se o objectivo da acção encarada podia ser melhor realizado a nível comunitário.

181. A esse respeito, há que lembrar que o Tribunal de Justiça considerou, no n.º 124 do presente acórdão, que a directiva tem por objectivo eliminar os obstáculos resultantes das divergências que subsistem ainda entre as disposições dos Estados-Membros relativas ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, garantindo, de acordo com o artigo 95.º, n.º 3, CE, um nível elevado de protecção em matéria de saúde.

182. Tal objectivo não pode ser realizado satisfatoriamente por uma acção levada a cabo só a nível dos Estados-Membros e implica uma acção a nível comunitário, tal como demonstra a evolução heterogénea das legislações nacionais no caso em apreço (v. n.º 61 do presente acórdão¹⁶).

183. Daí resulta que, no caso da directiva, o objectivo da acção encarada podia ser melhor realizado a nível comunitário.

184. Em segundo lugar, há que observar que a intensidade da acção levada a cabo pela Comunidade no caso presente respeitou também as exigências do princípio da subsidiariedade, uma vez que, como resulta dos n.ºs 122 a 141 do presente acórdão [obs.: que corresponde à análise autónoma da proporcionalidade], não excedeu a medida necessária para atingir o objectivo que essa acção pretende realizar.

185. Resulta das considerações expostas quanto à primeira questão, alínea f), que a directiva não é inválida por violação do princípio da subsidiariedade”.

¹⁵ Cfr. § 285 das respectivas Conclusões, considerando a questão “fácil de responder” e deixando expresso que “[u]ma vez que concluí neste processo que era necessária uma intervenção do legislador comunitário com base no artigo 95.º CE, deixa de fazer sentido controlar o respeito do princípio da subsidiariedade” (ou seja, o AG coloca a tónica quase exclusivamente na questão da base jurídica).

¹⁶ Este ponto apenas refere que: “[e]m seguida, há que lembrar também que resulta da referida jurisprudência que, embora o recurso ao artigo 95.º CE como base jurídica seja possível a fim de prevenir o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objecto a sua prevenção (...)”.

Parece-nos que o Tribunal não chega a apreciar especificamente a questão da observância do princípio da subsidiariedade, na medida em que para responder aos argumentos reconduzíveis a essa questão limita-se a remeter para a argumentação relativa à adequação da base jurídica (no caso, o art. 95.º do TCE), especificando os seus pressupostos. E mais assimila subsidiariedade com proporcionalidade, remetendo a resposta para os problemas convocados pela primeira à análise da segunda.

É interessante notar que o Acórdão parece afastar-se de um outro que tivemos já a oportunidade de referir anteriormente: o Ac. *Tobacco Advertisement*¹⁷. Tratava-se, como referido, de um Acórdão sobre competência/base jurídica, mas que se considera ter subjacente a influência da subsidiariedade enquanto directriz interpretativa. Nessa ocasião, o Tribunal deixou claro que há “que verificar se a directiva contribui *efectivamente* para a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços bem como para a supressão de distorções de concorrência” (§ 95, destaque nosso).

Por outro lado, também é relevante notar que a proposta em apreço tinha um outro objectivo subjacente: a protecção da saúde pública. Mas quanto a esse objectivo, do ponto de vista da observância do princípio da subsidiariedade, o Tribunal nada refere¹⁸.

5. Processo C-103/01 (acção de incumprimento): *Comissão/Alemanha*¹⁹

A Comissão intenta uma acção destinada a fazer declarar que, ao sujeitar através da legislação de certos *Länder* os equipamentos de protecção individual para bombeiros a exigências suplementares, quando estes eram conformes com a directiva relativa à aproximação das legislações dos EM respeitantes aos equipamentos de protecção individual, e tinham aposta a marcação CE, a República Federal da Alemanha não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força da directiva.

¹⁷ AcTJ, 5.10.2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho* (C-376/98).

¹⁸ Assim, e em sentido crítico, D. WYATT, “Could a ‘yellow...’”, p. 11. O Autor assinala que, na análise da proporcionalidade, o Tribunal considerou esse paralelo objectivo, concluindo que a “abordagem diferencial” parece ser empregue para minimizar qualquer possibilidade de revisão substantiva da subsidiariedade; e, assim, para criar a irredutível presunção de que os objectivos do mercado interno são sempre melhor atingidos ao nível da União.

¹⁹ AcTJ, 22.5.2003, *Comissão/Alemanha* (C-103/01). *Vd.* ainda as Conclusões do AG D. Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 10.12.2002.

A directiva em causa, no seu art. 4.º, n.º 1, dispunha que os EM não poderiam proibir ou restringir a colocação no mercado de equipamentos de protecção individual, ou seus componentes, que fossem conformes com as disposições da directiva e munidos da marcação CE, mas excluía dessa proibição os equipamentos concebidos e fabricados especificamente para as Forças Armadas ou para *forças de manutenção da ordem* (norma derogatória). Segundo o Governo alemão, a interpretação do art. 4.º, n.º 1 (norma de proibição), da directiva, conjugada com o anexo nela integrado (lista de exclusão para efeitos da norma derogatória), “deve respeitar os princípios de exercício das competências que são os princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade, previstos no artigo 3.º-B, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado CE”.

Pelo que resulta do contexto do Acórdão, a Alemanha parecia pretender, com a invocação do princípio da subsidiariedade, defender o direito a considerar os bombeiros como incluídos na categoria “forças de manutenção da ordem” excluía do âmbito da directiva; e, assim, o direito a sujeitar os equipamentos de protecção individual para bombeiros a exigências suplementares. Ou seja, o argumento da subsidiariedade parece vir invocado no sentido da preservação de uma certa margem de apreciação a reconhecer aos EM.

A fundamentação do Tribunal, quanto ao específico ponto da subsidiariedade, é parca; e volta a recuperar o argumento circular:

“47. Com efeito, quanto ao princípio da subsidiariedade, como as disposições nacionais em questão diferem sensivelmente de um Estado-Membro para outro, são susceptíveis de constituir um entrave ao comércio que terá imediatamente repercussões sobre o estabelecimento e o funcionamento do mercado comum, como constata o quinto considerando da directiva EPI. A harmonização dessas disposições divergentes só pode, devido às suas dimensões e aos seus efeitos, ser empreendida pelo legislador comunitário [v., neste sentido, acórdão de 10 de Dezembro de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01...”.

6. Processos C-154/04 e apenso (reenvio prejudicial): *Alliance for Natural Health e o.*²⁰

²⁰ AcTJ, 12.7.2005, *Alliance for Natural Health e o.* (C-154/04 e apenso). *Vd.* ainda Conclusões do AG L. A. Geelhoed apresentadas em 5.4.2005.

O Acórdão tem por objecto um pedido dirigido ao TJ destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a validade de preceitos de uma directiva relativa à aproximação das legislações dos EM respeitantes aos suplementos alimentares. Concretamente, as questões submetidas ao Tribunal são as seguintes: correcção da base jurídica, violação de outras normas comunitárias, do princípio da subsidiariedade, do princípio da proporcionalidade²¹, do princípio da igualdade de tratamento, do direito fundamental de propriedade e/ou direito de exercer uma actividade económica, e do dever de fundamentação.

Relativamente à violação do direito de fundamentação, o Acórdão, na enunciação das conclusões dos intervenientes processuais, induz a conclusão de que a questão terá sido suscitada à luz do dever geral de fundamentação previsto no então art. 253.º do TCE, sem invocação do específico problema da fundamentação da subsidiariedade. Na verdade, o Tribunal analisa o problema à luz desse dever geral de fundamentação²². No entanto, o AG L. A. Geelhoed, ao enunciar a argumentação das partes, refere expressamente ter sido invocado o problema da fundamentação da subsidiariedade ao abrigo do Protocolo de Amesterdão (embora conclua que a fundamentação é adequada)²³. Fica a dúvida quanto a saber se a questão terá sido ignorada pelo Tribunal.

Relativamente à problemática da violação substancial do princípio da subsidiariedade, os demandantes invocavam que as disposições em causa invadiam injustificadamente a competência dos EM num domínio sensível nos planos sanitário, social e económico, e que os Estados estariam em *melhores condições* para determinar as exigências de saúde pública capazes de justificar um entrave à livre comercialização de suplementos alimentares no seu território. Todavia, o Tribunal considera todos os argumentos improcedentes, seguindo a doutrina do Processo C-491/01 (Ac. BAT) e depois de enquadrar brevemente o princípio à luz dos Tratados:

“103. Tal como já decidido pelo Tribunal de Justiça, o princípio da subsidiariedade aplica-se quando o legislador comunitário recorre ao artigo 95.º CE, na medida em que esta disposição não lhe confere competência exclusiva para regulamentar as actividades económicas no mercado interno, mas apenas uma

²¹ *Vd.* autonomamente sobre a proporcionalidade, § 109 a 112, com remissões para § 55 a 60, 63 a 70 e 72 a 92.

²² Cfr. § 131 a 138.

²³ § 107 a 110 das respectivas Conclusões.

competência para melhorar as condições de estabelecimento e de funcionamento do mesmo, pela eliminação de obstáculos à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços ou pela supressão de distorções da concorrência (acórdão *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, já referido, n.º 179).

104. Quanto à questão de saber se as disposições dos artigos 3.º, 4.º, n.º 1, e 15.º, segundo parágrafo, alínea b), da Directiva 2002/46 são conformes com o princípio da subsidiariedade, importa examinar se o objectivo dessas disposições podia ser mais bem realizado ao nível comunitário.

105. A este respeito há que sublinhar que a proibição decorrente dessas disposições de comercializar os suplementos alimentares não conformes com a Directiva 2002/46, acompanhada da obrigação de os Estados-Membros, em conformidade com o artigo 15.º, segundo parágrafo, alínea a), da mesma directiva, autorizarem o comércio de suplementos alimentares conformes com a mesma [v., a esse respeito, por analogia, acórdão *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, já referido, n.º 126], tem por objectivo eliminar os entraves resultantes das divergências entre as regras nacionais respeitantes às vitaminas, minerais e substâncias vitamínicas ou minerais autorizadas ou proibidas no fabrico de suplementos alimentares, assegurando, em conformidade com o artigo 95.º, n.º 3, CE, um nível de protecção elevado em matéria de saúde das pessoas.

106. Deixar aos Estados-Membros a função de regulamentar o comércio de suplementos alimentares não conformes com a Directiva 2002/46 significaria perpetuar a evolução heterogénea das regulamentações nacionais e, portanto, os obstáculos ao comércio entre Estados-Membros e as distorções de concorrência no que diz respeito a estes produtos.

107. Consequentemente, o objectivo para o qual contribuem as disposições dos artigos 3.º, 4.º, n.º 1, e 15.º, segundo parágrafo, alínea b), da Directiva 2002/46 não podia ser alcançado satisfatoriamente por uma acção desenvolvida pelos Estados-Membros e pressupunha uma acção ao nível comunitário. Esse objectivo podia, por conseguinte, ser mais bem realizado a este último nível”.

É interessante notar que embora o Acórdão tenha considerado válidas as disposições da directiva à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade,

não foi essa a opinião do AG L. A. Geelhoed, mas apenas no que se refere ao respeito pela proporcionalidade²⁴.

Na medida em que o Acórdão está totalmente alinhado com o Ac. *BAT*, parece-nos apropriado reiterar a apreciação que aquele nos mereceu: o Tribunal não chega a apreciar especificamente a questão da observância do princípio da subsidiariedade, na medida em que para responder aos argumentos reconduzíveis a essa questão se limita a remeter para a argumentação relativa à adequação da base jurídica (no caso, o art. 95.º do TCE), especificando os seus pressupostos. E, quanto ao demais, reitera o habitual argumento circular: a harmonização, tendo por pressuposta a desarmonia, justifica-se por si mesma.

7. Processo C-58/08 (reenvio prejudicial): *Vodafone e o.*²⁵

No presente caso, conhecido por *Vodafone e o.*, estava em causa um pedido dirigido ao TJ destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a validade de preceitos de um regulamento relativo à itinerância (*roaming*) nas redes telefónicas móveis. Tratava-se, em concreto, de conhecer da invalidade do regulamento, no todo ou em parte, devido à inadequação do art. 95.º do TCE enquanto base jurídica; e ainda de avaliar se certas disposições, ao pressuporem a imposição de preços máximos para as *tarifas retalhistas* dos serviços de itinerância, infringiam os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

O Tribunal aprecia autonomamente as três questões – base jurídica, proporcionalidade e subsidiariedade. É interessante verificar que o Tribunal dedica algumas passagens do Acórdão (§ 72 a 75) a enunciar teoricamente o princípio da subsidiariedade (o que até então era incomum), especificando, com apelo ao Protocolo de Amesterdão, pela primeira vez mencionado, o seguinte: “o referido protocolo precisa, nos seus n.ºs 6 e 7, que a Comunidade deve legislar apenas na medida do necessário e que as medidas tomadas pela Comunidade devem deixar às instâncias

²⁴ Cfr. em especial, § 59 a 89 das respectivas Conclusões. Já quanto à subsidiariedade, o AG sufragou o entendimento que viria a ser adoptado pelo Tribunal, considerando inexistir violação desse princípio – § 92 a 95 das respectivas Conclusões.

²⁵ AcTJ, 8.6.2010, *Vodafone e o* (C-58/08). *Vd.* ainda Conclusões do AG M. Poiares Maduro apresentadas em 1.10.2009.

nacionais uma margem de decisão tão ampla quanto possível, desde que compatível com a realização do objectivo da medida e a observância das exigências do Tratado”.

Abordando a questão substancial, o Tribunal conclui pela não violação do princípio da subsidiariedade, pelos motivos que se transcrevem (§76 e 78):

“76. A este respeito, importa recordar que o legislador comunitário, preocupado em preservar a concorrência entre operadores da rede móvel, instituiu, através da adopção do Regulamento n.º 717/2007, uma abordagem comum, a fim de, nomeadamente, contribuir para o funcionamento harmonioso do mercado interno, permitindo a estes operadores actuar num único quadro regulamentar coerente.

77. Como decorre do considerando 14 deste regulamento, a interdependência entre os preços retalhistas e os preços grossistas dos serviços de itinerância reveste uma importância significativa, de modo que qualquer medida que vise unicamente fazer baixar os preços retalhistas sem influenciar o nível dos custos de fornecimento grossista dos serviços de itinerância comunitária poderá perturbar o bom funcionamento do mercado da itinerância comunitária. O legislador comunitário concluiu daqui que a sua acção exigia uma abordagem comum ao nível tanto dos preços grossistas como dos preços retalhistas, a fim de contribuir para o funcionamento harmonioso do mercado interno desses serviços.

78. Resulta da referida interdependência que o legislador comunitário podia legitimamente considerar que a sua acção devia incluir igualmente uma intervenção ao nível dos preços retalhistas. Assim, devido aos efeitos da abordagem comum instituída pelo Regulamento n.º 717/2007, o objectivo prosseguido por este poderia ser mais adequadamente realizado a nível comunitário”.

Do exposto se verifica que o Tribunal, mais uma vez, cedeu ao argumento circular: o funcionamento harmonioso do mercado interno exige uma abordagem comum ao nível tanto dos preços grossistas como dos preços retalhistas dos serviços de itinerância, de modo a garantir a existência de um único quadro regulamentar, a ser definido ao nível comunitário. Daí que se refira, quanto a este caso, que o Tribunal “*reiterated its low-profile approach*”²⁶.

²⁶ A. BIONDI, “Subsidiarity in the...”, p. 219. O Autor refere com interesse, p. 220, um “*underlying bipolar ethos of the principle of subsidiarity, commanding, on the one hand, the preservation of national autonomy, and, on the other, a centralizing premise based on arguments of comparative efficiency*”. Para outra crítica ao Ac., M. BRENNCKE, “Case C-58/08, Vodafone...”, em especial p. 1812 e ss: “*if the introduction of a common approach were a valid argument establishing subsidiarity, every harmonizing measure would automatically meet the subsidiarity standard*”.

Em bom rigor, o Tribunal não respondeu à concreta questão enunciada pelas recorrentes quanto a saber se a fixação ao nível europeu dos limites máximos dos *preços retalhistas* – ou seja, dos preços impostos pelos operadores nacionais aos seus próprios clientes – violava o princípio da subsidiariedade; era esse o ponto concreto controverso quanto à subsidiariedade.

Com efeito, o Tribunal limita-se a considerar que “qualquer medida que vise unicamente fazer baixar os preços retalhistas sem influenciar o nível dos custos de fornecimento grossista dos serviços de itinerância poderá perturbar o bom funcionamento do mercado da itinerância”. Mas a questão era exactamente a *inversa*: resolvido o problema da fixação *comunitária* dos preços grossistas (já que as autoridades nacionais não têm o poder de controlar os operadores situados noutros EM), a questão determinante estava em saber por que razão não poderia ficar a definição dos preços retalhistas (preços nacionais) ao nível da decisão autónoma de cada EM.

A questão surge bem evidenciada pelo AG M. Poiares Maduro. As suas Conclusões, quando vistas à luz do padrão da jurisprudência que tem vindo a ser analisada, constituem um avanço na discussão/densificação jurisprudencial do princípio da subsidiariedade. É mesmo possível inferir das Conclusões do AG um convite ao Tribunal para aprofundar o escrutínio jurisdicional do princípio.

O AG começa por esclarecer que a acção comunitária no que respeita aos preços da venda por grosso tem uma mais-valia evidente em virtude da insuficiência da acção dos EM: “[a]s tarifas de venda por grosso são cobradas por fornecedores fora do Estado-Membro do cliente”, pelo que “o regulador nacional do Estado do cliente não poderá actuar contra os fornecedores do Estado visitado pelo cliente”. Todavia, considera a regulação europeia dos preços de venda a *retalho* problemática na perspectiva do princípio da subsidiariedade.

Justifica-o em termos cujo interesse extravasa o do processo *sub-iudice*: a “decisão de regular uma matéria a nível comunitário e não a nível nacional exige uma justificação à luz da subordinação do ordenamento jurídico comunitário ao princípio da subsidiariedade”, ou seja, “haverá que demonstrar que o legislador comunitário estava em melhor posição do que o legislador nacional para regular os preços de venda a retalho dos serviços de itinerância”, o que considera não ser evidente (“uma vez fixados,

a nível comunitário, os preços de venda por grosso, os Estados-Membros poderão, em princípio, livremente e efectivamente fixar os respectivos preços de venda a retalho”).

Remetendo para as explicações da Comissão no considerando (algo circular) sobre a subsidiariedade e para a argumentação (também algo circular) do Conselho no âmbito do processo²⁷, o AG considera que “a apreciação a fazer no âmbito do princípio da subsidiariedade não é sobre o objectivo prosseguido, mas sobre se a prossecução desse objectivo exige a acção da Comunidade”. Conforme refere, “[d]eterminados objectivos comunitários (que, por si só, justificam a existência de uma competência comunitária) podem ser melhor prosseguidos pelos Estados-Membros (com a consequência de não ser justificado o exercício dessa competência)”. Mais, “a intenção do legislador comunitário não basta para demonstrar a observância do princípio da subsidiariedade”, já que “[e]ste exige uma justificação razoável para a afirmação de que era necessária a actuação da Comunidade”, o que “tem de ser corroborado por algo mais do que o mero destaque dos benefícios decorrentes da acção comunitária”. Segundo esclarece, “[a]o exigir isto, o Tribunal não está a substituir o juízo do legislador comunitário pelo seu, mas apenas a obrigá-lo a levar a sério o princípio da subsidiariedade”. Esta manifestação de princípio é claramente relevante.

O AG Poiares Maduro considera que “não parece haver nenhum argumento vigoroso e imediato a favor da harmonização dos preços de venda a retalho” e recusa frontalmente o “argumento de concorrência” invocado pela Comissão, já que a diferença de preços, por si só, “pod[e] ou não acarretar vantagens concorrenciais para os operadores económicos de alguns Estados-Membros”; além de que “nem todas as vantagens concorrenciais podem ser necessariamente qualificadas de distorção da concorrência”.

No entanto, o AG considera existirem boas razões para a intervenção da União, daí concluindo pela *mais-valia* da respectiva acção. O argumento invocado centra-se na “natureza transfronteiriça” da actividade.

²⁷ Quanto à justificação da observância do princípio da subsidiariedade, no considerando 38 do regulamento lê-se o seguinte: “Atendendo a que os *objectivos do presente regulamento, nomeadamente, o estabelecimento de uma abordagem comum* para garantir que os utilizadores de redes telefónicas móveis públicas, ao viajarem na Comunidade, não paguem preços excessivos pelos serviços de itinerância comunitária quando efectuarem ou receberem chamadas de voz, alcançando-se assim um nível elevado de protecção do consumidor e preservando-se simultaneamente a concorrência entre operadores móveis, *não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros de forma segura, harmonizada e oportuna* e podem, pois, ser mais bem alcançado ao nível comunitário, a Comunidade pode tomar adoptar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade” (destaque nosso).

Em síntese, o AG considera (§ 33 a 36) que: i) a actividade económica em causa (a itinerância) tem uma “natureza transfronteiriça”; ii) essa natureza transfronteiriça justifica que a União possa “estar mais disponível para resolver o problema e em melhor posição para ponderar todos os custos e benefícios, para o mercado interno, da acção pretendida”; iii) dado que estava em causa a invocação de direitos conferidos pelo direito comunitário (livre circulação), o legislador comunitário poderia razoavelmente ter concluído que as entidades reguladoras nacionais poderão não ter dado a esses direitos o grau de prioridade que o legislador comunitário considerava necessário, em especial por aquelas estarem sobretudo preocupadas com os custos das comunicações nacionais e não tanto com a pequena parcela dos serviços de itinerância; iv) “[d]ada a natureza transfronteiriça da itinerância, é a Comunidade que tem especial interesse em proteger e promover essa actividade económica”, já que “[e]ste é precisamente o tipo de situação em que o processo democrático nos Estados-Membros é susceptível de levar a uma falha na protecção das actividades transfronteiriças”; v) os (então) 27 reguladores nacionais diferentes levariam demasiado tempo a introduzir um controlo efectivo dos preços de venda a retalho; vi) considerando que está em causa o estabelecimento de um limiar máximo para os preços, persiste margem para a intervenção dos EM.